This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 950 181

5

B 2 Feb 1921

HARVARD LAW LIBRARY

Received Oct 6 1920

Austria

System

des

Österreichischen Zivilprozeßrechtes

mit Einschluß des

Exekutionsrechtes.

Von

Dr. Rudolf Pollak

Privatdozenten an der Universität in Wien, Gerichtssekretär.

Erster Teil.

Wien 1903.

Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.

I. Kohlmarkt 20.

Das Recht der Übersetzung in andere Sprachen bleibt vorbehalten.

OCT 6 1920

Wilhelm Fischers Buchdruckerei, Wien IX.

Vorwort.

Das österreichische Zivilprozeßrecht, der Stolz und die Freude der österreichischen Juristen, steht nun seit etwas mehr als fünf Jahren in Wirksamkeit. Gewiß eine kurze Spanne Zeit im Staatsleben und schwerlich eine allzu große im Leben eines so großen Gesetzeskomplexes. Dennoch, welche Veränderungen haben sich in dieser Spanne Zeit vollzogen! Am meisten springen natürlicherweise jene in die Augen, welche der Zivilprozeß selbst erlitten hat; hier kann man anerkanntermaßen von einer förmlichen und segensreichen Revolution sprechen. Weniger in die Augen fallend sind daneben die Reflexwirkungen des neuen Rechtes, aber darum nicht minder einschneidend. Sie haben sich zunächst in einer energischeren Handhabung der Gesetze über das Konkursverfahren und über die sonstige freiwillige Gerichtsbarkeit gezeigt, begreiflicherweise, da es ja dieselben Personen sind, welche diese Gesetze und das neue Recht anwenden. Sie haben aber auch das bürgerliche Recht, namentlich das Schadenersatzrecht, stark berührt, ja zum Teile erst lebendig gemacht. Nicht minder eindringlich, wenn auch äußerlich weniger sichtbar müssen die Zivilprozeßgesetze endlich das Wirtschaftsleben, namentlich dessen Sitten und Kreditverhältnisse beeinflußt haben und einer langsamen, aber verläßlichen Gesundung auch dort zuführen, wo das schleppende, teure und unverläßliche frühere Prozeßrecht geschäftliche Unmoral und Schäden ermöglicht, gestattet oder gar großgezogen hat.

Soll es dauernd bei dieser segensreichen Wirkung bleiben, auch nachdem der Elan vorüber ist, welcher glückbringend die Anfänge der Praxis begleitete und befeuerte, so bedarf es der eingehenden systematischen Bearbeitung des neuen Rechtes dringend; denn nur eine solche ermöglicht es, der „rechtsvernichtenden Macht des Vergessens", um ein Wort Kleins zu gebrauchen, entgegenzutreten und zugleich jene Gedanken des Gesetzes zu betonen, welchen man folgen muß,

um das Gesetz in seinem Geiste richtig anzuwenden, und auf denen die soziale Wirkung des Gesetzes beruht. Es liegen denn auch schon mehrfach systematische Bearbeitungen vor, zum Teile schon vollendete. Auch das Buch, dessen erste Hälfte ich hiemit dem Publikum vorlege, soll den dargestellten Zwecken einer solchen dienen.

Ob es geeignet ist, diesem Ziele näherzubringen, ob es unsere Kenntnis des Zivilprozeßrechtes vertieft, unsere Erkenntnis seines Inhaltes erweitert hat, vermag natürlicherweise nicht ich zu beurteilen; daß es an allen Ecken und Enden der Verbesserung bedürfte, wage ich nicht zu bezweifeln. Aber eines glaube ich mit gutem Gewissen für dasselbe in Anspruch nehmen zu dürfen: die Gesetzestreue, und zwar in dem zweifachen Sinne, einmal, daß ich nicht Juristenrecht, sondern Gesetzesrecht vortrage; zum anderen, daß ich einem Rechtssatze nicht schon deshalb die Geltung abspreche, weil er in einzelnen Fällen zu unbilligen Konsequenzen führt.

Für Juristenrecht ist derzeit in Österreich auf dem Gebiete des Zivilprozeßrechtes meines Erachtens kein Raum. Es soll hier nicht nebenher darüber abgesprochen werden, ob das Rechtsleben — nur um dieses kann es sich hier handeln — mehr gewinnt, besser fährt bei einer Rechtsbildung von Fall zu Fall, nach den Bedürfnissen der einzelnen Sache, als bei einer im Wege der Gesetzgebung. Ich persönlich neige zur Verneinung der ersten Alternative, welche mir die Rechtssicherheit und die Rechtsordnung sehr zu gefährden scheint, und welche überdies stets der Gefahr gegenübersteht, um der billigen Entscheidung des einzelnen Falles willen die Gesamtheit der Tatbestände aus dem Auge zu verlieren; es ist leicht, den Satz zu verhöhnen: fiat justitia, pereat mundus, schwer, ihn sachgemäß zu ersetzen. Aber das Problem bedarf, wie bemerkt, für den Gegenstand des vorliegenden Buches keiner Lösung durch einen Autor; denn das Gesetz hat sie gegeben. Und so viel Resignation eines Verfassers auch in dem Verzichte darauf liegt, seine Gedanken als jene des Gesetzes vorzutragen, so muß sich jeder doch jetzt pflichtgemäß zu diesem Verzichte bequemen, da wir ein modernes, ausreichendes Zivilprozeßrecht haben, somit jener Entschuldigung entbehren, welche ein Juristenrecht begründen könnte: des Notstandes, in den eine unzureichende oder veraltete Kodifikation oder der Mangel einer solchen das Rechtsleben versetzt.

Auch in dieser Beschränkung der Aufgabe bleibt für den Bearbeiter des Rechtsstoffes hinreichend viel zu tun. Denn Gesetzestreue bedeutet

nicht Buchstabentreue; will man den Geist des Gesetzes erfassen, so darf man natürlicherweise kein Bedenken tragen, sein Wort ausdehnend oder einschränkend auszulegen, auch als ungenau gewählt dort anzusehen, wo sich dies zwingend ergibt. Nur daß ein solcher Zwang weder dort besteht, wo das Gesetz den Ideen des Bearbeiters de lege ferenda nicht entspricht, noch dort, wo die Gerechtigkeit der Zivilprozeßgesetze mit dem Rechtsgefühle des Autors oder mit der Gerechtigkeit des Privatrechtes in Kollisionen gerät. „Gerechtigkeit" ist eben ein vieldeutiges Wort, und wer seine verschiedenen Bedeutungen durcheinanderwirft, gerät in Gefahren. Ist doch schon für den Gesetzgeber der Gerechtigkeitsbegriff ein anderer als jener des Individuums; muß doch jener gar oft, um ein gutes, klares, soziales Gesetz zu schaffen, einzelnen nahetreten, ihnen Lasten auferlegen, Vorteile wegnehmen, sie somit ungünstiger stellen als sie standen oder stehen wollten, also im Sinne dieser einzelnen: sie ungerecht behandeln. Gilt das schon für jeden Gesetzgeber, so gilt das umsomehr für jenen eines Zivilprozeßrechtes, welches zur endgültigen Regelung der Privatrechtsverhältnisse des einzelnen nicht minder als zur Erhaltung der Privatrechtsordnung im ganzen bestimmt ist, dieses Ziel aber, so paradox dies klingen mag, direkt nur durch die Verletzung von Privatrechten einzelner zu erreichen vermag: ein Zivilprozeßgesetz, welches allzu viel auf „Gerechtigkeit" sieht, ist ebenso unbrauchbar als jenes, welches die Richtigkeit der Rechtsprechung in mehr als vereinzelten Fällen gefährdet. Diese vereinzelten Fälle aber muß mit dem Gesetzgeber auch das Publikum und natürlicherweise der Ausleger und Anwender des Gesetzes in den Kauf nehmen und darf nicht das Gesetz um solcher Konsequenzen willen amendieren oder beiseite schieben. Täte man dies, so verletzte man nicht nur das Gesetz, sondern gefährdete wieder die Rechtssicherheit, eines der höchsten Güter, welche die Rechtsordnung zu gewähren vermag. Vielleicht würden manche unerfreuliche Erscheinungen, namentlich manche Vorwürfe gegen das Gesetz nicht oder seltener aufgetreten sein, hätte man diese Differenz zwischen dem, was das Individuum, und jenem, was die Gesamtheit als Gerechtigkeit ansieht, stets im Auge behalten. Im vorliegenden Buche ist dies versucht.

Auf die Literatur ist nach Möglichkeit Bedacht genommen. Die Literaturangaben sind aber nicht vollständig. Vollständige wären mir nicht nur mit Rücksicht auf meine Sprachkenntnisse unmöglich gewesen,

sondern, sie hätten auch den Umfang des Buches erheblich vergrößert. Ich habe mir darum mehrfach mit Verweisungen geholfen und überdies aus der in deutscher Sprache erschienenen österreichischen Literatur ausgeschieden, was inzwischen gegenstandslos geworden ist, und das, was ich für gänzlich unbedeutend hielt. Ich hoffe nur, daß ich nicht aus Versehen eine Abhandlung nicht zitiert habe, die in keine der beiden letzten Kategorien paßt; die in die erste Kategorie fallenden halte ich für zitiert. Unbekannt bleiben kann eine solche Arbeit übrigens jetzt keinesfalls mehr, da ja der „Systematische Grundriß" von Prof. Sperl nun in zweiter Auflage vorliegt und bis Ende 1902 vollständige Literaturangaben enthält.

Die Praxis glaubte ich um ihrer und der Theorie willen möglichst beachten zu sollen, dies umsomehr, als es in umfassender Weise für das ganze Rechtsgebiet noch nicht geschehen ist. Mit einer bloßen Zitierung der Entscheidungen würde die hier zu lösende Aufgabe freilich nicht erfüllt sein. Gerade weil die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes von hervorragender Bedeutung sind und mit vollem Rechte ein außerordentliches Ansehen namentlich bei den Gerichten genießen, entsteht für jeden Autor die Pflicht, die Gründe seiner Entscheidungen nachzuprüfen und sich darüber zu äußern. Dies gilt besonders für zivilprozessuale Entscheidungen, weil die Anwendung des neuen Rechtes eine so kurzzeitige ist, wie denn auch die publizierten Entscheidungen zum erheblichen Teile den ersten zwei Jahren der Praxis angehören.

Dem vorliegenden Bande ist ein Quellenregister beigegeben, welches nach Vollendung des Schlußbandes durch ein Sachregister und ein beide Bände umfassendes Quellenregister ersetzt werden soll.

Der Verfasser.

Verzeichnis der Abkürzungen.

J. N. = Jurisdiktionsnorm vom 1. August 1895.
Z. P. O. = Zivilprozeßordnung vom 1. August 1895.
E. O. = Exekutionsordnung vom 27. Mai 1896.
G. O. G. = Gerichtsorganisationsgesetz vom 27. November 1896.
G. O. = Geschäftsordnung für die Gerichte erster und zweiter Instanz.
K. O. = Konkursordnung vom 25. Dezember 1868.
Nr. ohne Zusatz bei einer Rechtsnorm bedeutet die Nummer des Reichsgesetzblattes.
J. G. S. = Justizgesetzsammlung.
J. M. Vdg. Bl. = Verordnungsblatt des Justizministeriums.
Z. E. = Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen, veröffentlicht von diesem Gerichtshofe.
Gl. U. = Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes, herausgegeben von Glaser und Unger.
Pfaff-Schey = dieselbe Sammlung, neue Folge.
Adler-Clemens = Sammlung der Entscheidungen zum Handelsgesetzbuch.
Fellner-Ohmeyer = v. Fellner-v. Ohmeyer, Die österreichische Exekutionsordnung vom 27. Mai 1896 in der Spruchpraxis.
Gew. Entsch. = Sammlung von Entscheidungen der k. k. Gewerbegerichte, herausgegeben vom k. k. Justizministerium.
G. Z. = Allgemeine österreichische Gerichtszeitung.
Jur. Bl. = (Wiener) Juristische Blätter.
G. H. = (Wiener) Gerichtshalle.
Not. Z. = Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit.

Die Systeme des geltenden österreichischen Zivilprozeßrechtes von v. Canstein, v. Schuster, Skedl, Trutter, Ullmann, und die Kommentare und Gesetzesausgaben von v. Czoernig, v. Fürstl, Horten, Schauer, Wachtel sind stets nur mit dem Namen des Verfassers, andere Werke desselben Verfassers dagegen mit dem Titel des Werkes zitiert.

Neumann, Komm. I. = dessen Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen vom 1. August 1895.
Neumann, Komm. II. = dessen Kommentar zur Exekutionsordnung.
Neumann, E. O. = dessen System der Exekutionsordnung.
§ ohne Zusatz bedeutet den § dieses Buches.

Berichtigungen und Nachträge.

S. 19, Zeile 20 von oben tilge „§ 200 Z. 3".
S. 36, Zeile 15 von oben füge hinzu: „Anm. 20a. Das gilt selbstredend nicht für grundbücherlich ersichtliche Belastungsverbote; Z. E. Nr. 423."
S. 44, Anm. 57 lies statt „der Judikatur" „dem Judikate".
S. 58, Anm. 27 füge hinzu: „Walker in G. Z. 1898 Nr. 43; v. Würth in Jur. Bl. 1900 S. 497."
S. 65, Anm. 12 füge am Ende hinzu: „Z. E. Nr. 473."
S. 68, Zeile 28 von oben lies statt „1345" „135".
S. 75, Anm. 65 füge hinzu: „Z. E. Nr. 513."
S. 88, Zeile 17 von oben lies nach „§ 196 Z. P. O." „§ 333 Abs. 2 Z. P. O.; § 74 Abs. 2 E. O."
S. 102, Anm. 3 füge am Ende hinzu: „Siehe auch § 458 Z. P. O."
S. 104, Zeile 20 von oben lies statt „Karl VI." „Josef I."
S. 104, Zeile 23 von oben lies nach „Kaiser" „Karl VI."
S. 120, Zeile 15 von oben lies statt „Rechtssache" „inländische Sache".
S. 127, Zeile 15 von oben lies statt „sie" „ihr Mangel".
S. 130, Zeile 7 von oben: „Sperl, Systematischer Grundriß der Rechtsquellen, Literatur und Praxis des österreichischen Zivilprozeß- und Exekutionsrechtes, 2. Aufl. 1903."
S. 172, Anm. 42 füge hinzu: „Z. E. Nr. 470."
S. 204, Zeile 16 von oben lies statt „39" „139".
S. 214, Zeile 20 von oben füge nach „Bezirksgerichte für Handelssachen" ein: „(Ausnahme S. 325 Anm. 9)".
S. 214, Anm. 7 füge hinzu: „bezw. nach § 185 Z. P. O. vorzugehen; siehe S. 428".
S. 236, Zeile 2 von unten lies statt „mündlichen Verhandlungen" „Tagsatzungen".
S. 237, Zeile 1 von oben lies statt „bei den" „einschließlich der".
S. 237, Zeile 2 von oben lies vor „sinngemäß" „beim Versteigerungstermin".
S. 254, Zeile 5 von unten füge nach „dingliche" ein: „(siehe darüber S. 317)".
S. 362, Anm. 6 lies statt „§ 206" „§ 208".
S. 385, Zeile 34 von oben füge nach „besteht nicht" hinzu: „(Ausnahme § 200 Z. 3 E. O.)"
S. 413, Zeile 8 von unten lies statt „372" „392".

Inhalt.

Seite

Vorwort III
Verzeichnis der Abkürzungen VII
Berichtigungen und Nachträge VIII
Quellenregister XII

Erster Abschnitt: Das Objekt des Zivilprozesses.

§ 1. Der Rechtsschutzanspruch 1
§ 2. Der Urteilsanspruch 4
§ 3. Die Zivilprozeßsache 10
§ 4. Der Vollstreckungsanspruch 16
§ 5. Die Exekutionstitel 25
§ 6. Die Exekutionsobjekte 33
§ 7. Die Exekutionsmittel 53
§ 8. Der Teilnahmeanspruch 62
§ 9. Der Sicherungsanspruch 62
§ 10. Der Anspruch auf Kostenersatz 77
§ 11. Der Schutz gegen unbegründete Rechtsschutzansprüche 89
§ 12. Die Haftung für unbegründet erhobene Rechtsschutzansprüche 92
§ 13. Anhang: Die prozessualen Sicherheitsleistungen 96

Zweiter Abschnitt: Der Zivilprozeß.

§ 14. Die Rechtsverfolgung 98
§ 15. Der Zivilprozeß 101
§ 16. Die Rechtsquellen 103
§ 17. Das Herrschaftsgebiet 113
§ 18. Die verbindende Kraft der Zivilprozeßgesetze 115
§ 19. Die Prozeßvoraussetzungen 125
§ 20. Die Literatur 128

Dritter Abschnitt: Die Parteien und die Teilnehmer an fremden Prozessen.

§ 21. Die Parteifähigkeit 132
§ 22. Der Parteibegriff 135
§ 23. Die Beteiligten 138
§ 24. Der Nebenintervenient 140
§ 25. Die Prozeßfähigkeit 147
§ 26. Die Postulationsfähigkeit 154
§ 27. Die Bevollmächtigung 158
§ 28. Die Bevollmächtigten 166
§ 29. Arme Parteien 173
§ 30. Ausländer 178
§ 31. Sukzession in die Parteirolle 183
§ 32. Streitgenossenschaft 189
§ 33. Die beitretenden Gläubiger 201

Vierter Abschnitt: Das Gericht.

Erster Teil: Die Gerichtsorganisation.

Seite

§ 34. Die Zivilgerichtsbarkeit 206
§ 35. Die Zivilgerichte 210
§ 36. Die ordentlichen Zivilgerichte 212
§ 37. Die Sondergerichte 223
§ 38. Die Gerichtspersonen 226
§ 39. Der Richter 228
§ 40. Der Schriftführer 236
§ 41. Die Gerichtskanzlei 237

Zweiter Teil: Die Zuständigkeitsordnung.

§ 42. Die Grundlagen 238

I. Die Grenzen in- und ausländischer Zuständigkeit.

§ 43. Die Gewalt inländischer Gerichte 241
§ 44. Rechtshilfe gegenüber dem Auslande 244
§ 45. Die Konsulargerichte 253

II. Die sachliche Zuständigkeit des Erkenntnisverfahrens erster Instanz.

§ 46. Die Sondergerichte 253
§ 47. Die ordentlichen Gerichte. Allgemeines 259
§ 48. Die Bezirksgerichte 260
§ 49. Die Bezirksgerichte für Handelssachen 264
§ 50. Die Landesgerichte 267
§ 51. Die Handelsgerichte und Handelssenate 269
§ 52. Die bergrechtlichen Senate 271
§ 53. Die Gerichtshöfe höherer Instanz 273
§ 54. Der Streitwert 273
§ 55. Verschiebungen der Zuständigkeit von Gerichts wegen 279
§ 56. Verschiebungen der Zuständigkeit durch Parteierklärungen 284
§ 57. Verschiebungen der Zuständigkeit durch Präklusion 289

III. Die örtliche Zuständigkeit im Erkenntnisverfahren erster Instanz.

§ 58. Die Grundlagen 291
§ 59. Der allgemeine Gerichtsstand 293

Besondere Gerichtsstände.

§ 60. Die Sondergerichte 297
§ 61. Statusprozesse 298
§ 62. Gerichtsstände für unbemittelte Kläger 299
§ 63. Gerichtsstände zur Begünstigung des Handelsverkehres 301
§ 64. Gerichtsstände zur Erleichterung der Rechtsverfolgung gegenüber dem Auslande 306
§ 65. Gerichtsstände wegen erleichterter Feststellung des Sachverhaltes . . . 311
§ 66. Gerichtsstände durch gerichtliche Bestimmung 318
§ 67. Parteienvereinbarung und Präklusion 322

IV. Die funktionelle Zuständigkeit.

§ 68. Das Prozeßgericht erster Instanz. Der ersuchte Richter 322
§ 69. Die Zuständigkeit im Rechtsmittelzuge 328
§ 70. Die Zuständigkeit im Exekutionsverfahren 333
§ 71. Die Zuständigkeit im Sicherungsverfahren 340

V. Die Feststellung der Zuständigkeit.

Seite
§ 72. Die Ermittlung derselben durch den Antragsteller 341
§ 73. Die Feststellung durch das Gericht 343

Fünfter Abschnitt: Die Parteihandlungen.

§ 74. Allgemeines 353
§ 75. Die Willenserklärungen 361
§ 76. Die Anspruchserhebung 367
§ 77. Wirkung der Anspruchserhebung 377
§ 78. Verzicht auf die Ansprüche und deren Zurücknahme 380
§ 79. Die Anspruchsänderung 387
§ 80. Die Verteidigung. Das Anerkenntnis 391
§ 81. Der Vergleich 395
§ 82. Das beiderseitige Gehör 400
§ 83. Die Stoffsammlung im Erkenntnisverfahren 404
§ 84. Die Stoffsammlung im Exekutions- und Sicherungsverfahren 414
§ 85. Die Form der Parteierklärungen 416
§ 86. Die Öffentlichkeit 428
§ 87. Zeitbestimmungen 430
§ 88. Die Gerichtszeit 433
§ 89. Tagsatzungen und Fristen 436
§ 90. Sistierung des Verfahrens 442
§ 91. Ort der Parteihandlungen 454
§ 92. Die Konzentration der Parteierklärungen 455
§ 93. Versäumnisse 462

Quellenregister.

Einführungsgesetz zur Jurisdiktionsnorm.

Art.	Seiten
I.	11, 108 f., 191.
II.	108, 294.
III.	108, 254, 317, 455.
IV.	108, 253.
V.	108.
VI.	16, 108, 224, 254 f., 270, 297, 302, 306, 317.
VII.	108, 268.
VIII.	108.
IX.	108, 241 f., 254.
X.	108.
XI.	108, 221, 222, 268.
XII.	108, 235, 238, 247.
XIII.	325 ff.
XIV.	217.
XVI.	260.
XVII.	108, 340.
XXI.	319.

Jurisdiktionsnorm.

§	Seiten
1	11, 100, 211, 325.
2	207, 283, 325.
3	328 ff., 349.
4	332.
5	213.
6	213, 330.
7	123, 212, 214, 215 ff., 228, 237.
8	222.
9	217 f., 223.
10	218.
11	218, 219.
12	219.
13	219.
14	219, 237.
15	236.
16	227, 236 f.
17	237.
18	238.
19	152, 230.
20	152, 231, 232.
21	231.
22	237, 425.
23	232.
24	231, 232.
25	231.
26	236 f., 238, 425.
27	238.
28	175, 239, 242 ff., 267, 298, 319, 324, 371.
29	265, 337, 343 f., 377 f.
30	239, 320.
31	320, 321, 339.
32	323, 325.
33	323, 326, 340.
34	219, 220.
35	216, 220.
36	214, 323 ff.
37	246, 325 ff., 333.
38	114, 179, 207, 244 ff.
39	114, 246 f.
40	246 f.
41	15, 197, 258, 344 f., 389.
42	16, 26, 117, 120, 123, 127, 242 f., 254, 378.
43	258, 289 f., 345 f.
44	338, 342 ff., 347.
45	151, 280, 322, 337, 351 f.
46	257, 258, 267, 280 ff., 322, 337, 339.
47	283 f., 322, 334, 337 ff.
48	179, 207, 242, 252.
49	257, 259 ff., 267, 268, 271, 301, 316, 435.
50	101 f., 243, 259, 267 f., 316.
51	191, 212, 215, 259, 269 f., 316, 330.
52	109, 259, 264 ff., 323, 325, 330.
53	212, 215, 259, 268, 271 f.
54	239, 259, 274 ff., 344, 377.
55	259, 274 ff.
56	274, 277.
57	274.
58	274.
59	274.
60	83, 259, 274, 277 f., 344, 347, 405.
61	215, 283.
62	215, 218, 283.
63	215, 283.
64	215, 283.
65	293 ff.
66	295, 299.
67	296, 298, 309, 319.
68	294, 300.

§	Seiten
69	113, 243, 294.
70	294, 296 f.
71	295, 296.
72	297.
73	296 f.
74	172, 295.
75	132, 172, 293, 295.
76	241, 293, 298, 346.
77	241, 264, 268, 293, 295, 315 f.
78	241, 268, 317.
79	217, 241, 269, 293, 318.
80	241, 316.
81	241, 243, 263, 268, 316 f.
82	241, 317.
83	241, 268, 316 f.
84	241, 315, 316.
85	241, 317.
86	296, 299 f.
87	299 ff.
88	258, 269, 285, 292, 302, 304 ff., 342, 358.
89	191, 302, 304.
90	302, 304.
91	263, 272.
92	316.
93	190, 191, 197, 304, 311 f.
94	192, 292, 314.
95	192, 263, 272, 314.
96	259, 311 f., 378.
97	299, 307, 342.
98	262, 299, 301.
99	307 ff.
100	243, 292, 298.
101	114, 307, 310 f.
102	321, 342, 378.
103	325, 342, 356.
104	118, 215, 239, 250, 258 f., 278, 284 ff., 292, 302, 330, 346, 356.
105	110, 268, 295 f.
107	268.
109	153, 295.
112	153.
114	112.
115	341.
117	340.
120	323.

Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

Art.	Seiten
I.	9, 108 f.
II.	112.
III.	108.
IV.	108, 167, 171, 295.
V.	14, 108, 154, 159, 217, 314, 421.
VI.	108, 112.
VII.	108.
VIII.	108, 455.
IX.	108.
X.	108.
XI.	9, 108, 445, 449.
XII.	99, 108, 371.
XIII.	108, 211, 225, 287, 335.
XIV.	108, 132, 156, 225 f., 258, 286, 288, 297.
XV.	108, 226.
XVI.	108, 167, 225, 228.
XVII.	108.
XVIII.	108, 234.
XIX.	108.
XX.	108, 158, 167.
XXI.	108, 397.
XXII.	108, 323, 325.
XXIII.	96 f., 108, 225, 234, 258, 270, 286, 330, 332, 448 f.
XXIV.	108, 258, 270, 281.
XXV.	108, 318, 330, 332, 448 f.
XXVI.	108.
XXVII.	108.
XXVIII.	108.
XXIX.	108, 180.
XXXI.	141.
XXXIII.	161, 170, 177 f. 318.
XXXIV.	108.
XXXV.	108.
XXXVI.	434.
XXXVII.	70.
XXXVIII.	9, 111, 267.
XL.	108.
XLI.	108.
XLIV.	64, 335.
XLVII.	108.
XLVIII.	108.
XLIX.	108.
L.	108.
LI.	108.
LII.	108.
LIII.	108.
LV.	108.

Zivilprozeßordnung.

§	Seiten
1	75, 147 ff., 299.
2	75, 149, 296.
3	149, 179.
4	152.
5	156, 431.
6	135, 138, 150 f., 356, 368, 441, 443.
7	120, 135, 151, 357, 368.
8	152, 153.
9	150.
10	154.
11	190 ff., 195 f., 276, 311.
12	191.
13	197 f.
14	132, 190 f., 199 ff.
15	198 ff.
16	191 f.
17	139, 140, 141 ff.
18	141, 143, 146, 421, 437.
19	132, 140, 142, 145 f., 187 f., 387.
20	132, 140, 146 f., 158, 186.
21	141, 188, 422, 437.
22	187 f., 314.
23	188 f., 314, 391.
24	188, 196.
26	157, 158.
27	111, 155 f., 172, 425.
28	156, 172.

§	Seiten
29	155, 167, 173, 274.
30	112, 159 ff., 172, 426.
31	112, 138, 145, 154, 162, 353.
32	162 f.
33	159, 163 f., 171.
34	145, 157, 160, 353.
35	161.
36	161.
37	154, 159, 164, 423, 440.
38	84, 96 f., 164 ff.
39	152, 157, 160, 431.
40	78.
41	80, 81 ff., 93, 137, 140, 145 f., 154, 165 f., 190, 198, 278, 370, 411, 454.
42	85 f., 159, 172, 424.
43	83.
44	82 f., 93, 411, 423, 457.
45	10, 82.
46	84, 199.
47	399.
48	29, 82, 92, 411 ff., 423, 465.
49	84 f., 137, 146, 152, 160, 166, 359, 409, 420, 457.
50	81.
51	83, 84 f., 262, 287.
52	81, 88, 189, 262.
53	287.
54	80, 88, 93, 165, 376.
55	88 f., 330, 367.
56	96 ff., 451.
57	114, 143, 179 ff., 207.
58	180 f.
59	181.
60	181 f., 402, 442, 448.
61	181 f., 392.
62	97, 182.
63	114, 156, 174, 179, 207.
64	156, 161, 167, 169 f., 174 ff., 180, 241, 296, 299.
65	174, 175 f., 237.
66	178.
68	161, 173, 177.
69	174, 178.
70	83, 162, 171, 173, 175, 177.
71	173, 177.
72	425.
73	155, 156, 175, 437.
74	21, 362, 421.
75	421, 423.
76	423.
77	288, 423.
78	370, 422, 423.
79	75, 156, 371, 422, 424 f.
80	198.
81	261.
83	160.
84	128, 197, 275, 343, 345, 362 f., 370, 372, 423, 428, 435, 440, 466.
85	343, 423, 440.
86	160, 169, 209.
87	436.
88	237, 327.
89	325 f.
90	198.
91	220, 425.
92	327.
93	162.
94	157, 158.
95	157, 158.
96	158.
97	157, 158, 161, 196.
98	132, 157, 158.
99	158.
100	220, 326, 434.
111	378.
112	160.
116	150, 153 f.
117	150.
119	150, 153.
121	150, 153.
122	114.
123	439.
124	440, 441.
125	301, 439, 441.
126	441.
127	197.
128	117, 440, 442.
129	118, 363, 440.
130	345, 348, 437, 454, 466.
131	155, 402, 441.
132	455.
133	381, 425, 448.
134	389, 425, 433, 437 f.
135	438.
138	419.
139	423, 437.
141	438, 442.
142	83, 200.
143	220.
144	465.
145	181, 403, 440 f., 465 f.
146	358, 403, 442, 448, 462, 465 ff.
147	444, 468.
148	424, 440, 467 f.
149	436, 467.
150	467.
151	468.
152	444, 468.
153	468.
154	80, 82, 468.
155	183 f., 189, 443, 467.
156	183 ff., 445, 465.
157	184 f., 445.
158	443, 445.
159	189, 443.
160	154, 161, 444, 446 f.
161	435, 445.
162	425, 444.
163	151, 383, 440 f., 443, 447.
164	435, 445.
165	402.
166	154.
168	364, 383, 440 f., 447.
169	448.
170	363, 381, 446, 448.
171	218, 429.
172	429 f.
173	430.
174	430.
175	436.
176	418, 420.
177	150, 420.
178	358, 393, 394, 410, 414.
179	82, 160, 359 f., 362, 370, 395, 457 f., 460, 465.
180	409, 420.
181	457.
182	360, 362, 409, 411, 413.
183	29, 63, 64, 115, 219, 409, 412, 435.
185	83, 117, 127, 148, 155, 156, 160, 167, 356 f., 402, 424, 428, 438.
186	218.

§	Seiten
187	190, 192, 196, 219, 314, 413, 431, 436.
189	190, 197, 392.
190	13, 192, 444.
191	13, 444.
192	280.
196	120, 124, 144, 214, 215, 237, 358, 365, 367, 371, 403, 421, 435, 437.
197	209.
198	209, 210, 429, 446.
199	169, 209.
200	160, 178, 209, 438.
201	209.
202	209, 244, 327.
203	209, 220.
204	396, 398 f., 426, 437.
205	220, 360, 397 f.
206	398.
207	236, 421.
208	362, 421, 426.
209	236, 426 f.
210	427.
211	426 f.
212	210, 358, 367, 397, 419, 422, 425, 427.
213	236 f., 421, 427.
214	427.
215	236, 419, 427 f.
216	213, 237, 425 f.
217	425, 427.
219	144.
221	433.
222	434 f.
223	434 f.
224	220, 435.
225	434.
226	275, 370, 409, 422.
227	193, 239, 276, 314, 372.
228	1, 3, 5, 8 f., 66, 191, 239, 422.
229	435.
230	219, 345 f.
231	437.
232	138, 344, 377, 379.
233	190, 312, 342, 378 f., 381.
234	132, 185 ff., 387.
235	115, 118, 240, 356, 368, 370, 378, 384, 387 ff., 392.
236	5, 8 f., 66, 275, 312, 315, 372, 389.
237	118, 181, 185, 197, 288, 290, 362, 368, 382 ff., 385, 436.
239	215, 216, 220, 290, 348, 378, 392, 436, 457.
240	19, 127, 281, 288, 290, 346, 348, 358, 378, 392, 395.
241	189.
242	383.
243	440.
245	221, 457.
247	220.
248	155.
249	220.
250	392, 436, 448.
251	436, 448.
253	65.
254	381, 402, 418, 436, 438, 465.
255	425.
256	220.
257	435, 437.
258	423 f., 425.
259	5, 8 f., 66, 299, 315, 372, 389.
260	128, 350 ff., 392, 423 f.
261	350, 352, 403.
262	236, 419.
263	418, 457, 463.
265	421, 428.
266	146, 157, 184, 359, 363, 381, 410, 412, 414, 418, 422.
267	358, 411.
269	405.
270	405.
271	179, 207, 405 f., 412.
272	146, 150, 159, 197, 199, 295, 358, 413 f., 418 f., 459, 465.
273	94, 165.
274	319, 412.
275	362.
276	221, 326, 418.
277	63, 64, 219, 411.
278	221, 359, 458, 465.
279	326.
280	326.
282	221.
283	326.
284	220, 326.
285	326 f.
286	220, 425.
289	436, 448.
290	114 f., 246 f.
292	427.
293	114.
295	114.
300	281.
302	414.
303	326.
307	465.
308	139, 326, 436.
314	281.
317	66, 101.
320	114.
321	167, 171.
323	421, 425.
324	155, 327.
326	326 f.
328	85, 220, 221, 326, 455.
330	327.
331	327.
333	84, 88, 326 f., 438.
336	327.
339	429.
343	426.
345	414, 438.
347	227, 327.
348	425.
352	221, 327, 455.
354	84, 327, 419.
355	327, 425.
357	220, 327.
361	429.
363	414.
365	112, 113, 327.
367	85, 155, 426.
368	220, 221, 327, 455.
370	426.
371	353, 420.
373	134, 150, 152, 198.
377	411.
378	65.
379	65, 438.
380	152, 426, 455.
381	465.
383	63.
384	63, 65, 91, 323 f., 340, 425, 443.
385	138, 150.
386	64 f., 153, 219 f., 362.
387	64.
388	64.
390	197, 381, 384, 444.
391	197, 367, 373 ff., 381, 384, 389.
392	28, 373.
393	28, 346, 375, 444 f.

§	Seiten
394	365, 381, 383 f.
395	365, 394.
396	112, 290, 393, 422, 463 f.
397	404, 418, 423.
398	182, 348, 352, 424, 442, 446, 448.
399	381, 404, 419 f., 422 ff., 464.
402	201, 389, 403, 437 f., 466.
404	362.
405	72, 406.
406	5, 6, 9, 186.
407	6, 96.
408	93 f., 136, 145, 178, 201, 275, 315, 359, 372, 384, 403, 411 ff., 457, 465.
409	6, 27.
410	276 f.
411	373 ff.
412	123, 216, 231, 281, 418 f., 436.
413	429.
414	186, 330, 429.
415	186, 223, 430.
416	76, 117, 219, 290, 346 f., 348, 397, 440.
417	421.
418	210, 236 f., 425.
419	358.
420	468.
423	468.
425	117, 219, 289, 348, 435.
426	76, 441.
429	210.
431	437.
432	403.
433	274, 324, 371, 397, 399.
434	144, 177, 237, 371, 421, 424 f.
435	177, 370, 403, 423 f.
436	437.
437	402.
439	371, 379, 425.
440	181, 290.
442	422, 463.
444	367, 421, 426 f.
445	367, 421, 426 f., 428.
446	264, 330 f., 349 f., 363.
447	468.
448	274, 367.
449	167.
450	351.
451	362, 419, 421, 425 f.
452	76, 403.
453	274, 275, 278.
454	439.
458	66, 69, 70, 72, 96, 367.
459	4.
460	468.
461	364, 403.
462	124, 459.
463	27, 223, 237, 381.
464	440.
465	155, 156, 176, 332, 421, 425.
467	159, 395, 459.
468	424, 425, 440.
469	332.
471	123, 345, 395.
472	387.
473	221, 325, 332, 429.
474	345, 395.
475	321, 342.
476	321, 347.
477	15, 26, 89, 121 ff., 151, 166, 215, 216, 231 f., 237, 243, 257, 289, 338, 347, 368, 399, 420, 425, 428, 430, 434, 436, 443.
478	16, 166, 320, 332, 363.
482	370, 376, 391 f., 403, 419, 423, 457, 459.
483	388, 390, 395.
484	359.
487	331, 345, 347, 348 f.
488	221.
491	446.
492	332, 420, 429.
493	421, 426 f.
494	124, 347.
496	124, 363, 371, 403.
498	419, 427 f.
499	245.
501	89, 123, 428.
503	351, 460.
505	93, 95, 96, 333, 404, 421.
506	155, 420.
507	333, 440.
508	333.
509	222, 325, 333, 429.
510	124.
512	160.
513	27, 223, 347, 381.
514	118, 322, 403.
515	351, 403.
516	217, 219, 364.
517	89.
519	321, 333.
520	155, 332 f., 420, 421, 425.
522	219, 364.
524	89, 96, 181.
526	221, 325, 332, 459.
527	351.
528	160, 333, 351.
529	7, 16, 122, 154, 157, 166, 218, 231 f., 243, 275, 283, 347, 352, 364, 430, 433, 439, 448.
530	160, 185, 232, 264, 273, 283, 314, 359, 395, 398, 412, 433, 439, 441, 444, 459.
531	283, 314.
532	221, 273, 314.
534	122, 151, 439.
536	352.
537	232.
540	81, 273.
544	444.
545	444.
548	4, 362, 372.
550	402, 439, 440.
552	345, 348, 424.
553	390.
555	270, 467.
557	4, 402.
558	403, 439.
560	434.
562	348, 403.
565	33.
566	29.
567	403.
568	143.
571	370, 468.
573	27.
575	467.
577	31, 99, 113.
582	156, 220, 264, 266, 268, 271, 273.
583	220, 264, 266, 268, 271, 273.
584	220.

§	Seiten
589	247, 325, 327.
594	250.
595	264, 271.
596	264, 266, 268, 271, 273, 448.
599	32, 99, 112, 284, 345.
600	17, 221.
601	444.

Einführungsgesetz zur Exekutionsordnung.

Art.	Seiten
I.	23, 108 f.
II.	108.
III.	75, 76, 108, 316 f.
IV.	23, 32, 108.
V.	108.
VI.	52, 108.
VII.	23, 108,
VIII.	46, 53, 57, 108.
IX.	23, 34, 42 ff., 108.
X.	53, 108.
XI.	57.
XIII.	32, 65, 69, 72, 74 f., 76, 81, 108, 139, 335.
XIV.	108.
XV.	108.
XVII.	108, 264, 268, 448.
XVIII.	108.
XIX.	114, 249.
XXVII.	70, 71, 75, 108.
XXVIII.	136.
XXIX.	108, 225, 264, 266, 268, 318, 448.
XXX.	108, 264, 266, 268, 270, 286 f., 318, 448.

Exekutionsordnung.

§	Seiten
1	20, 21, 27, 28, 29, 33, 209, 249, 395, 397, 399.
2	20, 29.
3	20, 26, 138, 362, 402.
4	138, 175, 268, 307, 324, 335 ff.
5	337.
6	293.
7	6, 9, 27, 376.
8	449.
9	25, 143, 184 f., 187.
10	21, 185, 393, 402, 415.
11	25, 134, 143, 362, 402, 415.
12	28, 68.
14	35, 376 f., 380, 460.
15	23, 39, 52, 402.
16	343, 460 f.
17	263, 292, 325, 334, 338 f.
18	241, 338.
19	273, 323, 339 f.
20	339.
21	190, 196, 280, 321, 338 f.
22	190, 196, 321, 338 f.
23	213, 339.
24	237.
26	327, 455.
27	17, 35, 54.
28	23, 39, 53.
29	327.
30	214, 434.
31	339.
32	209, 425, 461.
33	264, 340, 445.
34	132, 183 f.
35	20, 21, 28, 80, 162, 186, 187, 252, 264, 266, 268, 270 f., 358, 363, 380, 385, 390, 392 f., 415, 448, 460.
36	20, 21, 25, 80, 134, 162, 264, 266, 268, 270 f., 363, 385 f., 390, 392 f., 415, 448, 451, 454, 460.
37	3, 7, 33, 71, 102, 139, 162, 192 ff., 243, 263, 268, 270 f., 363, 367, 415, 448, 450, 460.
38	263 f.
39	3, 7, 20, 21, 28, 38, 40, 57, 58, 74, 80, 82, 91, 122, 138, 362 f., 373, 380, 385, 393, 397, 415, 449, 451, 454, 468.
40	21, 386, 393, 415, 454.
42	448 ff., 468.
43	96, 450.
44	96, 450, 460.
45	40, 436, 450 f.
46	451.
47	33, 342, 450.
48	353, 429, 438, 465.
50	272.
51	286, 293, 338, 346, 348.
52	139, 155.
53	237, 362, 371, 421, 425, 428.
54	35, 342, 376, 415.
55	19, 20, 28, 200, 210, 343, 362 f., 404, 416, 420 f., 436.
56	403, 436, 465.
57	424, 462.
58	468.
59	237, 425 f.
65	17, 403.
68	17, 220, 449.
69	342 f., 376, 460 f.
71	85.
73	62, 139.
74	19, 80, 83, 88, 460 f.
75	19.
76	81.
78	81, 97, 122, 127, 155, 345, 403, 415, 419, 421, 426.
79	20, 28, 29, 114, 179, 207, 244, 249 f.
80	250.
81	250 f., 298.

§	Seiten
82	337.
83	26, 364, 367, 370 ff., 449.
84	207, 249, 332.
86	114, 249 f.
88	55, 143, 186, 335 f., 340, 423.
90	55, 415.
91	362.
96	18, 29, 35, 36.
98	56, 186 f., 336.
101	334, 440.
103	56, 57, 202, 204, 461.
107	115.
109	56, 69, 139.
111	56.
113	84.
117	154.
118	20, 21, 153, 367, 376.
120	58, 139, 154.
123	139.
124	58.
127	367, 377, 462.
128	196, 367, 415.
129	60, 436, 453.
133	56, 194, 415, 423, 461.
134	334, 336.
135	186 f.
138	334.
139	202, 204, 366, 461.
140	415.
143	85, 238.
144	66.
145	451, 453.
146	118.
147	96.
148	97.
149	97.
150	60, 61, 62.
151	19, 405.
152	402.
155	61.
156	204.
162	139.
164	62, 437.
165	62, 415, 423 f.
168	371 f.
169	436 f.
170	33, 193 f.
171	139, 140, 366, 439.
172	139.
174	153, 154.
177	455.
180	97, 160, 238, 425.
182	356, 358.
183	85, 204.
184	58, 61, 204, 367.
188	446, 453, 460.
190	61.
191	83.
193	19, 61, 80 f., 83, 84.
194	425.
195	139.
196	95, 97.
200	19, 96, 97, 139, 385 f., 446, 452 f.
201	54, 334, 449.
203	80, 83.
204	449.
206	202, 460.
207	391, 453.
208	203, 334, 391, 452.
210	140, 367, 377, 415, 461 f.
211	377.
214	363.
216	45, 58, 194.
220	96.
225	194.
226	49.
229	96.
231	7, 378, 380, 393, 415, 439, 462.
232	143, 146, 190, 194, 263, 462.
234	367.
237	204.
244	60.
245	60, 61.
250	34, 52.
251	34, 40 ff.
252	57.
253	55, 415.
256	54, 58, 203, 386, 435, 441.
258	7, 140, 162, 194 ff., 263, 367, 393.
259	69, 89, 334.
261	53, 237.
262	33, 188, 193, 415.
263	35, 36.
264	334, 461.
266	96, 453.
267	204, 461.
269	40, 57, 92.
271	96, 140, 449.
273	437.
275	60, 85, 415, 461.
277	60.
278	140.
280	60, 462.
282	385 f.
283	461.
284	237, 461.
285	140, 194, 196, 237, 367.
286	58, 194, 462.
290	23, 34, 48.
291	34, 48 f.
292	45.
293	39.
294	33, 55, 193, 245, 334, 339, 341.
296	55, 69, 203, 237, 376.
297	153.
300	55.
301	83, 140, 263, 334, 339, 389, 439.
303	55, 334, 461.
304	96.
306	96.
307	391.
308	137, 150, 190, 203, 263.
309	402.
310	142, 143, 146, 379, 400, 461.
311	80 f., 83, 84, 380, 385 f., 391, 453.
314	190, 263.
315	58, 84, 140, 150, 154, 377, 462.
316	137, 203.
318	58, 385, 437.
320	335 f.
325	55, 203, 385, 461 f.
327	58.
330	49, 60.
331	55, 453.
332	58, 60, 437.
333	36, 113.
334	55 f.
340	56, 435.
341	51, 56, 204, 338, 377, 453.
343	56.
346	18, 34, 53, 201.
347	34, 201.
348	201.
349	53, 201.
350	6, 18, 34, 53, 201.
351	53, 201.
352	202.
353	35, 70, 202.

§	Seiten
354	18, 34, 55, 201, 460.
355	18, 34, 201, 439, 460.
356	201.
357	201.
358	402.
360	54.
363	327.
364	445.
365	445.
366	237, 460.
367	6, 18, 201, 247.
368	15, 34, 68, 263 f., 268 f.
370	72 ff., 76 f., 93, 252, 416.
371	75 f., 416.
372	77.
373	75 f., 114, 252.
374	74, 203.
375	341.
376	74, 81, 95.
377	74.
378	66 f.
379	66, 69 ff., 76.
381	66 f., 70.
382	66, 69, 72.
383	70.
384	70.
385	70.
386	54, 69 f., 72, 237.
387	323, 341.
389	67, 370, 416.
390	71, 96, 97.
391	70, 72.
393	81, 97, 237.
394	92, 94 f., 96, 371 f.
396	453.
397	362, 367.
398	96, 97.
399	91, 96, 341.
401	341, 370.
402	203, 451 f.

Gerichtsorganisationsgesetz.

§	Seiten
2	228 f.
3	212, 229, 230, 233.
4	229.
5	229.
6	229.
10	229.
11	229.
16	206 f.
18	206 f., 214.
19	229.
20	234.
21	234.
22	231.
24	214.
25	212, 213, 230.
26	212, 213, 214.
28	214, 231 f.
29	455.
30	212, 213, 230.
32	123, 212, 215.
33	215.
34	215.
35	216, 218.
36	218.
37	164, 178, 216 f., 219, 325, 382, 468.
43	221, 222.
49	227, 237.
50	237, 238.
51	237.
52	237.
53	237.
54	227, 237.
55	237.
56	237, 371, 425.
57	237.
58	237.
59	237, 425, 428.
60	237.
61	227, 237.
63	207.
73	207.
74	129, 179, 207.
75	207.
76	206 f.
78	17, 206, 363.
87	29.
89	421, 441.
90	156, 161, 167, 176.
91	233.
98	110.
99	108.

Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 Nr. 144.

Art.	Seiten
I.	206, 210.
II.	212.
VI.	206, 222.
VII.	208, 233.
X.	12, 416, 417, 429.
XII.	207.
XIV.	100.
XV.	11 f., 210.

Statut des obersten Gerichtshofes (kais. Pat. vom 7. August 1850 Nr. 325).

§	Seite
3	221.
5	222.
7	222.
9	222.
15	221.
16	221.
18	221.
26	222.

Geschäftsordnung.

§	Seiten
8	215.
9	282.
20	214.
22	220.
26	214.
44	433.
50	213.
68	237.
69	237.
70	237.
80	428.
82	230.
88	421.
94	130.
95	428.
104	237.
113	237.
116	431, 436.
117	278.
118	151, 378.
120	429.
123	113, 428.
129	231, 237, 400.
131	237.
132	178.
133	161.
137	363, 448.
143	327.
161	461.
165	449.
166	428.
184	218.
185	219, 440.
186	219.
187	219, 237.
188	218, 219, 282.
189	219.
196	233.
199	428.
201	325.
205	325.
207	330.
226	371.
227	446.
231	325.
254	371.
274	428.
284	325.
302	227, 237.
313	237.
319	237, 425.
320	237, 425.
321	237.
324	378.
342	327.
381	451.
393	237.

Gewerbegerichtsgesetz.

§	Seiten
1	21, 256.
2	224.
3	256 f.
4	255, 257.
5	256, 266.
7	224, 228.
8	224.
9	224, 234.
14	224.
16	234.
22	167, 325.
23	257, 286, 297.
24	257, 281, 344.
25	167.
26	437.
28	224.
30	156, 274, 330, 336.
31	217, 457, 459.
32	352.
33	335, 336.
37	109, 262, 266.

Advokatenordnung.

§	Seite
1	169.
2	169.
6	169.
7	170.
8	170.
9	171.
10	161, 169, 170.
14	154.
15	112.
16	171.
17	171.
21	170.
22	170.
23	170.
28	154, 444.
30	170.
33	169.
34	170.

Syndikatsgesetz.

§	Seiten
	191.
3	235.
4	235, 238.
8	273, 320.
18	23.
24	46.
25	71.

Mahnverfahren.

§	Seite
1	274.
6	403.
16	19, 20.
19	143.

Verfahren außer Streitsachen (Pat. vom 9. August 1854 Nr. 208).

§	Seite
2	260.
12	449.
19	13, 20, 21, 29.
77	153.

Konkursordnung.

§	Seiten
2	445.
7	269, 344, 378, 443.
10	444.
11	445.
12	445.
29	154.
30	445.
100	70.
124	7, 196.
126	268.
128	268.
134	389.
135	389.
136	143.
138	268.
234	268 f.
236	268 f.
237	269.
242	143, 146, 190, 196, 198, 268 f., 379.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.

§	Seiten
3	108 f.
6	113.
7	356.
9	108 f.
12	186, 208.
19	1, 10, 98, 132, 135, 210.
22	132.
33	113, 179,
34	408.
35	114.
40	41.
42	267.
45	251, 397.
49	7, 14.
92	72, 297.
94	111.
97	14, 111.
107	72, 73, 111.
115	111, 141, 142, 153.
135	425.
142	14.
230	60.
233	7.
262	153.
265	239.
266	154.
275	148, 156.
276	150.
281	153.
290	23.
308	316.
338	379.
341	72.
342	70.
344	97.
356	135.
367	20, 40, 57, 69, 92, 194.
448	36.
456	69.
465	35.
538	135.
573	135.
683	261.
823	185.
835	99.
850	14, 70.
863	304, 358 f., 365.
869	287.
871	360.
884	285, 303.
887	110.
890	189.
903	305.
906	42.
912	61, 80, 239.
931	141.
934	261.
1004	172.
1010	163.
1024	161.
1032	261.
1042	260.
1101	65, 263.
1103	261.
1117	261.
1152	171.
1221	14.
1238	297.
1239	297.
1295	93.
1296	93.
1302	85.
1305	93, 94.
1314	261.
1321	97.
1324	94.
1334	379.
1341	235.
1381	396.
1394	186.
1425	237.
1441	23.
1480	19.
1481	10.
1497	19, 379, 443.
1501	20.

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche.

§	Seiten
39	265 ff.
47	32.

Handelsgesetzbuch.

Art.	Seiten
22	37.
27	5.
34	323.
42	162.
43	112, 163.
55	266.
59	266.
84	30.
101	7.
110	422.
111	134.
113	131, 196.
121	134.
125	7.
126	30, 113.
128	7.
144	295.
194	133, 142, 143, 149, 189, 198.
195	133, 142, 143, 149, 190, 198.
226	133, 142, 143, 149, 190, 198, 232.
273	265.
274	265.
278	358.
279	405.
283	94.
306	69.
307	69.
310	32, 33, 110, 335.
311	33, 56.
315	7, 195, 302, 306.
317	304.
319	306.
323	304, 358.
324	302.
339	338.
347	379, 405.
348	64.
365	64.
372	194.
375	32.
382	32.
407	65, 335.
409	32, 110, 335.
412	32.

Grundbuchsgesetz vom 25. Juli 1871 Nr. 95.

§	Seite
9	317.
38	75.
59	187.
60	187.
61	186, 187.

Berggesetz vom 23. Mai 1854 Nr. 146.

§	Seite
98	272.
207	42.
232	30.

Notariatsordnung vom 25. Juli 1871 Nr. 75.

§	Seiten
1	171.
3	30, 31, 335.
5	171 f.
76	30.

Haager Übereinkommen vom 14. November 1896 Nr. 85 ex 1899.

Art.	Seiten
	180.
VII.	245.
VIII.	246.
IX.	114, 246.
X.	246.
XII.	247 f.
XIII.	175, 247 f.
XIV.	175.
XV.	175.

Einzelne österreichische Normen in chronologischer Ordnung.

1785, 3. Okt., Hofd. J. G. S. Nr. 476 S. 395.
1789, 13. Juli, Hofd. J. G. S. Nr. 1033 S. 110.
1791, 5. April, Hofd. J. G. S. Nr. 106 S. 173.
5. April, Hofd. J. G. S. Nr. 135 S. 68.
1795, 19. Dez., Hofd. J. G. S. Nr. 306 (betr. das Oberſthofmarſchallamt) S. 223.
1798, 21. Sept., Hofd. J. G. S. Nr. 434 S. 23.
1802, 12. April, Hofd. J. G. S. Nr. 557 S. 167.

1815, 14. Juli, Hofd. J. G. S. Nr. 1159 S. 254.
1819, 23. Aug., Hofd. J. G. S. Nr. 1595 (Eheprozeß) S. 111.
5. Nov., Hofd. J. G. S. Nr. 1621 S. 65.
1820, 23. Juni, Hofd. J. G. S. Nr. 1669 S. 15.
1828, 18. Juli, Hofd. J. G. S. Nr. 2354 S. 48.
1832, 12. Sept., Hofkammerd. J. G. S. Nr. 2575 S. 30.
1833, 4. Okt., Hofd. J. G. S. Nr. 2633 S. 159.
1834, 14. Febr., Hofd. J. G. S. Nr. 2642 S. 229.
1835, 29. Sept., Hofkammerd. J. G. S. Nr. 84 S. 47.
1837, 31. Jänner, Hofd. J. G. S. Nr. 467 S. 112.
5. Nov., Patent J. G. S. Nr. 240 S. 46.
1838, 29. Jänner, Hofd. Z. 7531 S. 235.
12. Juni, Fahrpostordnung J. G. S. Nr. 280 S. 12.
1840, 26. Juli, Hofkammer-Präs.-Dek. J. G. S. Nr. 457 S. 174.
1845, 24. Okt., Hofd. J. G. S. Nr. 906 (Summarverfahren) S. 73, 105, 396, 417, 456.
1846, 3. Juni, Hofd. J. G. S. Nr. 968 S. 37.
1849, 16. Aug., Provisorische Advokatenordnung Nr. 364 S. 168.
27. Okt., kais. Vdg. Nr. 12 (Besitzstörungsverfahren) S. 417.
1850, 25. Jänner, kais. Pat. Nr. 51 (Wechselordnung) S. 191.
25. Jänner, Vdg. Nr. 52 (Wechselprozeß) S. 73, 417.
9. Aug., Erl. des Min. des Innern Nr. 326 S. 29.
1852, 20. Nov., kais. Pat. Nr. 251 (Jur. Norm) S. 276, 295, 302, 304, 310, 313.
20. Nov., kais. Pat. Nr. 261 (Jur. Norm für Dalmatien) S. 309.
3. Dez., kais. Pat. Nr. 250 (Forstgesetz) S. 12, 13.
1853, 3. Mai, kais. Pat. Nr. 81 (Gerichtsinstruktion) S. 110, 227, 228.
18. Juni, J. M. Vdg. Nr. 114 S. 29, 395.
5. Juli, Patent Nr. 130 S. 29.
1855, 21. Mai, Gesetz Nr. 94 (frühere Not. Odg.) S. 171.
1857, 8. Juni, J. M. Vdg. Nr. 114 S. 167.
1858, 21. Juli, Vdg. Nr. 105 S. 19.
16. Nov., kais. Vdg. Nr. 213 (Bestandverfahren) S. 317, 417.
1859, 18. Juli, Vdg. Nr. 130 (Wechselsicherstellungsverfahren) S. 73.
20. Dez., kais. Pat. Nr. 227 (Gewerbeordnung) S. 256, 262.
1862, 27. Okt., Gesetz Nr. 87 S. 99, 254.
1863, 16. April, Min. Erkl. Nr. 38 S. 243.
3. Dez., Gesetz Nr. 105 (Heimatsgesetz) S. 13.
1864, 21. März, kais. Vdg. Nr. 31 (Prisengerichte) S. 226.
16. April, Gemeindeordnung für Böhmen S. 13.
1865, 29. Nov., kais. Vdg. Nr. 127 S. 309.
1867, 15. Nov., Gesetz Nr. 134 (Vereinsgesetz) S. 32.
21. Dez., Staatsgrundgesetz Nr. 141 S. 207.
21. Dez., Staatsgrundgesetz Nr. 142 S. 228.
21. Dez., Staatsgrundgesetz Nr. 143 S. 223, 228.
1868, 4. Mai, Gesetz Nr. 34 (betr. Personalhaft) S. 33.
21. Mai, Gesetz Nr. 46 S. 207.
11. Juni, Gesetz Nr. 59 S. 207.
6. Juli, J. M. Erl. Z. 20257 (betr. Elbezollgerichte) S. 297.
9. Aug., J. M. Erl. Z. 9132 S. 224.
1869, 5. März, Gesetz Nr. 27 S. 270.
18. April, Gesetz Nr. 44 S. 16, 26, 223.
20. Mai, Gesetz Nr. 78 S. 46, 294.
21. Sept., Gesetz Nr. 150 S. 29, 395.
1870, 10. Febr., J. M. Erl. Z. 1159 S. 237.
1872, 1. April, Gesetz Nr. 40 (Disziplinarstatut der Advokaten) S. 107, 169.
1873, 10./22. Febr., Konvention Nr. 42 ex 1881 S. 243.
9. April, Gesetz Nr. 70 (betr. Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften) S. 133, 142, 143, 149, 190.
26. April, Gesetz Nr. 62 S. 207.
27. April, Gesetz Nr. 66 (Bagatellverfahren) S. 106, 277, 417.
29. April, Gesetz Nr. 68 (betr. Gehaltspfändung) S. 43, 49.
1874, 24. April, Gesetz Nr. 48 S. 136, 137, 190.

1874, 24. April, Gesetz Nr. 49 S. 133, 137, 140, 143, 149, 154, 190.
7. Mai, Gesetz Nr. 50 S. 30.
16. Mai, Gesetz Nr. 69 S. 99, 254.
19. Mai, Gesetz Nr. 70 S. 139.
1875, 1. April, Gesetz Nr. 67 (Börsegesetz) S. 225, 258, 287, 297.
31. Dez., J. M. Erl. Z. 16883 S. 237.
1878, 18. Febr., Gesetz Nr. 30 (betr. Expropriation) S. 14.
1879, 7. Mai, Gesetz Nr. 65 S. 309.
1880, 9. April, Konvention Nr. 80 S. 243.
1881, 6. Mai, Staatsvertrag Nr. 88 ex 1882 (mit Serbien) S. 245, 249, 252.
28. Mai, Gesetz Nr. 47 (Wuchergesetz) S. 76, 449.
1882, 21. April, Gesetz Nr. 123 (betr. Gehaltspfändung) S. 39, 44, 46.
28. Mai, Gesetz Nr. 56 S. 49.
1883, 7. Juni, Gesetz Nr. 92 S. 29, 30.
7. Juni, Gesetz Nr. 94 S. 29.
1884, 16. März, Gesetz Nr. 35 (betr. Anfechtung von Rechtshandlungen) S. 187, 189, 196, 198, 246, 369.
1887, 6. Juni, Gesetz Nr. 72 S. 30, 268.
28. Dez., Gesetz Nr. 1 ex 1888 (betr. Unfallversicherung) S. 226, 234, 259, 297, 332, 335.
1888, 30. März, Gesetz Nr. 33 (betr. Krankenkassen) S. 226, 259, 298.
26. Mai, Gesetz Nr. 75 S. 43.
1889, 10. April, Vdg. Nr. 47 S. 234, 323, 332.
28. April, Gesetz Nr. 64 (betr. Lagerhäuser) S. 33, 56, 113.
28. Juli, Gesetz Nr. 127 S. 259.
19. Okt., J. M. Vdg. Z. 12218, J. M. Vdg. Bl. Nr. 50 S. 237.
1890, 17. Jänner, Gesetz Nr. 14 (betr. Bruderladen) S. 226, 234, 259, 332.
26. März, Gesetz Nr. 58 S. 171.
14. Okt., Berner Konvention Nr. 86 ex 1892 S. 180—191.
1891, 30. Aug., Gesetz Nr. 136 (betr. Konsulargerichte) S. 253, 325.
1892, 16. März, Gesetz Nr. 64 S. 254.
17. Sept., Gesetz Nr. 178 S. 234, 332.
1893, 6. Febr., Vdg. Nr. 30 S. 172.
1894, 5. Dez., Gesetz Nr. 224 (betr. die Beratung der Zivilprozeßgesetze) S. 107.
1895, 26. Dez., Gesetz Nr. 197 (betr. Urheberrecht) S. 52, 113.
1896, 27. April, Gesetz Nr. 70 (betr. Ratengeschäfte) S. 113, 286, 287, 292, 403.
7. Juli, Gesetz Nr. 140 (betr. Notwege) S. 14, 113.
25. Okt., Gesetz Nr. 220 S. 325.
1897, 11. Jänner, Gesetz Nr. 30 (betr. Patente) S. 55, 168, 226, 335, 337.
6. Mai, Gesetz Nr. 153 S. 52.
23. Mai, Vdg. Nr. 130 (betr. Armenrecht) S. 174, 175.
24. Juni, Vdg. Nr. 157 S. 339.
25. Juli, Vdg. Nr. 175 (Realschätzungsordnung) S. 107.
15. Aug., Vdg. Nr. 192 S. 229, 238.
3. Dez., Vdg. Nr. 280 S. 305.
9. Dez., Vdg. Nr. 283 (betr. Eheprozesse) S. 111.
11. Dez., Vdg. Nr. 293 (betr. Advokatentarif) S. 85, 88, 107, 171, 279.
13. Dez., Vdg. Nr. 285, S. 249, 252.
15. Dez., Vdg. Nr. 286 S. 249.
19. Dez., Vdg. Nr. 284 S. 184.
19. Dez., J. M. Vdg. Z. 22131, J. M. Vdg. Bl. Nr. 141 S. 237.
26. Dez., kais. Vdg. Nr. 305 (betr. Stempel und Gebühren) S. 77, 278.
1898, 18. Jänner, Vdg. Nr. 28 S. 172.
9. März, Vdg. Nr. 41 S. 172.
21. Sept., kais. Vdg. Nr. 176 S. 335.
1900, 12. Dez., J. M. Vdg., J. M. Vdg. Bl. Nr. 46 S. 246.
1902, 12. Juli, Gesetz Nr. 147 S. 270.

Erster Abschnitt.

Das Objekt des Zivilprozesses.

§ 1. Der Rechtsschutzanspruch.[1])

I. Rechtsverhältnisse sind rechtlich geordnete Lebensverhältnisse; aus ihnen entspringen Ansprüche (subjektive Rechte, in der österreichischen Rechtssprache auch kurzweg „Rechte" genannt; § 19 a. b. G. B., § 228 Z. P. O.). Unter Ansprüchen versteht man das Recht auf ein bestimmtes Verhalten (Tun, Dulden, Unterlassen) einer oder mehrerer anderer Personen als des Berechtigten. Werden die Rechtsverhältnisse gewahrt, die Ansprüche freiwillig befriedigt, so ist die Rechtsordnung gewahrt; werden sie bedroht, gestört, nicht erfüllt, so ist die Rechtsordnung gefährdet oder gestört. Zur Behebung dieser Gefährdung oder Störung gewährt der Staat unter Abschneidung der Selbsthilfe (siehe § 14) Rechtsschutzansprüche. Wer einen solchen hat, darf den Staat um die Gewährung des Rechtsschutzes angehen; selbst helfen darf so wenig er sich, als jener, der keinen Rechtsschutzanspruch hat.

Wird ein bestimmter Rechtsschutzanspruch geltend gemacht, so prüft der Staat, ob er besteht, und sorgt bejahendenfalls für seine Befriedigung. Der Gewährung des Rechtsschutzes geht also seine Prüfung voran; diese Prüfung findet in einem Verfahren statt. Auf die Einleitung dieses Verfahrens kann jedermann rechnen, welcher einen Rechtsschutzanspruch auch nur behauptet, wenn auch nicht hat; denn ohne diese allgemeine Zugänglichkeit der Staatsbehörden für die Behauptungen von Rechtsschutzansprüchen könnte deren Prüfung und Befriedigung durch den Staat nicht erfolgen. Diesen „Anspruch" auf die Einleitung des Prüfungsverfahrens nennt man mehrfach Klagrecht (abstraktes Klagrecht),[2]) wobei man allerdings un-

[1]) Begriff und terminus stammen von Wach, Handbuch I. S. 12 ff. Langheinecken, Der Urteilsanspruch S. 12 ff. gibt einen sorgfältigen status causae et controversiae; pro sind seitdem hinzugetreten Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 145 ff.; contra Bülow in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXVII. S. 212 ff. Die Österreicher sind bei Langheinecken nicht völlig berücksichtigt; von ihnen haben den Begriff angenommen: v. Canstein, Demelius, Eisler, Petschek, v. Schrutka, Sperl; nicht angenommen: Krainz-Pfaff-Ehrenzweig (I. S. 417 ff.), Ott (in G. Z. 1899 S. 33).

[2]) Heyßler in Grünhuts Zeitschr. XI. S. 29 ff.; Krainz I. S. 422 Anm. 2; Sohm in Grünhuts Zeitschr. IV. S. 465 ff. Die Polemik Kohlers, Prozeß als Rechts-

zulässigerweise nur ein Verfahren, den Zivilprozeß, und nur einen Teil desselben, das Erkenntnisverfahren, in Betracht zieht. Dieses „Klagrecht" ist aber, wie Wach nachgewiesen hat und wie sich schon daraus ergibt, daß es schrankenlos jedermann zusteht, kein „Recht", kein Anspruch auf ein Verfahren, sondern ein actus merae facultatis im geordneten Kulturstaate.

Der Rechtsschutzanspruch dagegen ist ein Anspruch auf ein Verfahren mit günstigem Ergebnisse; auf das Erkenntnisverfahren exemplifiziert, ist er kein Anspruch auf ein Urteil, sondern ein solcher auf ein dem Anspruchswerber günstiges Urteil. Dieser Rechtsschutzanspruch steht selbständig neben dem materiellrechtlichen, z. B. dem Privatrechtsanspruche, fällt nicht mit ihm zusammen. Man kann materiellrechtliche Ansprüche ohne einen Rechtsschutzanspruch haben (Naturalobligationen), und umgekehrt Rechtsschutzansprüche ohne einen materiellrechtlichen Anspruch (Feststellungsansprüche für Rechtsverhältnisse), ja sogar ohne eine materiellrechtliche Grundlage (Anspruch auf Beweissicherung; negative Feststellungsklage). Rechtlich besteht zwischen beiden Gruppen kein notwendiger Zusammenhang, wenn auch wenigstens im Privatrechte regelmäßig jedem Privatrechtsanspruch ein Rechtsschutzanspruch entspricht.[3]) Der Grund für diese Diskrepanz liegt natürlicherweise nicht im Begriffe des einen oder anderen Anspruches,[4]) sondern lediglich in Zweckmäßigkeitserwägungen, welche bald das Zusammentreffen, bald das Auseinanderfallen beider Anspruchsarten verlangen. Die Gesetzgebung hat darum auch hierin gewaltige Veränderungen durchgemacht. So kannte, um nur beim Privatrechte zu bleiben, das römische Recht zu Zeiten einen Rechtsschutzanspruch (actio, wie das korrespondierende subjektive Privatrecht genannt) nur für Ansprüche, und zwar solche, bei denen eine Geldkondemnation möglich war, ein Zustand, welcher uns heute unerträglich erschiene; erst in der Folge fiel wenigstens diese Beschränkung weg, so daß jede Leistung des Schuldners zum Urteilsinhalte gemacht werden konnte. Die Glossatoren bildeten in Anknüpfung an die l. 5 C. 7, 14 und l. 28 D. 46, 1 die Berühmungsklagen (ex lege „diffamari" und ex lege „si contendat") aus; das heißt: sie schufen Rechtsschutzansprüche des Inhaltes, daß dem Beklagten ein bestimmter Privatrechtsanspruch nicht zustehe, also Rechtsschutzansprüche ohne einen korrespondierenden Privatrechtsanspruch. Diese, übrigens technisch sehr ungefüge Erfindung entsprach so dringenden Bedürfnissen der Praxis, daß sie im gemeinen Rechte sich ein großes, allerdings streitdurchfurchtes Terrain eroberte; in Österreich drang sie zunächst freilich nur in die böhmischen, nicht auch in die innerösterreichischen Provinzen ein,[5]) bis sie die allgemeine Gerichtsordnung im Jahre 1781 für das ganze Reich einführte.

---

verhältnis S. 13 ff., Gesammelte Beiträge S. 33 ff. ist zwar gegen Wach gerichtet, bringt aber nur Gründe gegen die Lehre vom abstrakten Klagrechte.

[3]) Aber nicht umgekehrt

[4]) Degenkolb, Einlassungszwang S. 4 ff.; a. M. v. Wilmowsky-Levy, Komm. zur dtsch. Z. P. O. I. ad § 231 Z. P. O. (alte Zählung).

[5]) Ott, Die Aufnahme der Aufforderungs- und Feststellungsklage in Österreich (G. Z. 1899 Nr. 22).

So viel weiter damit auch der Kreis der Rechtsschutzansprüche gezogen war als im älteren und späteren römischen Rechte, so brachte doch das neunzehnte Jahrhundert noch eine Erweiterung mit den Feststellungsansprüchen, welche, wiederum nur durch die Bedürfnisse der Praxis hervorgetrieben[6]) und sich darum nicht (wie Wendt annimmt) an die ihnen sachlich näherstehenden praeiudicia des römischen Rechtes, sondern an die Berühmungs- und Anerkennungsklagen des gemeinen Rechtes anlehnend, zuerst 1851 in Baden auftauchten, bald aber das ganze Gebiet des Deutschen Reiches und nun auch Österreichs eroberten. Neben diesen gewaltigen Erweiterungen der Rechtsschutzansprüche hat es aber, wenn auch seltener, an Einengungen, Entziehungen solcher nicht gefehlt.

Der Rechtsschutzanspruch richtet sich gegen den Staat als Herrn, nicht auch gegen den etwa materiellrechtlich Verpflichteten,[7]) z. B. den Darlehensschuldner. Das erste folgt aus der korrespondierenden Pflicht des Staates zur Gewährung des Rechtsschutzes, das zweite aus der Erwägung, daß der Verpflichtete zwar häufig, aber nicht immer (siehe z. B. § 228 Z. P. O.; §§ 37, 39 Z. 1 E. O.) den Gegenstand des Rechtsschutzanspruches zu erfüllen vermag; wenn nichtsdestoweniger wenigstens für den zivilprozessualen Rechtsschutzanspruch vom Gesetze in der Regel[8]) verlangt wird, daß er sich formell gegen einen Privatmann (oder den Staat aus einer Zivilprozeßsache) richte, so beruht dies zum Teile auf der geschichtlichen Entwicklung des Prozesses, zum Teile auf seiner Technik, welche dieses Zweiparteienverhältnis als einen förderlichen Bestandteil eines Verfahrens zur Durchführung solcher Rechtsschutzansprüche auch dann erkennt, wenn die zweite Partei nicht auch privatrechtlich beteiligt ist.

Richtet sich der Rechtsschutzanspruch ausschließlich gegen den Staat, so ergibt sich seine, übrigens von Wach und Langheinecken[9]) auch sonst nachgewiesene publizistische Natur von selbst. Daraus folgt, daß das öffentliche Recht allein die Rechtsschutzbedingungen setzt; daß es allein bestimmt, ob, wann und bis wann ein bestimmter Rechtsschutzanspruch besteht; daß der Ort des Rechtsschutzverfahrens über das für die Zulässigkeit des Rechtsschutzanspruches maßgebende Recht entscheidet[10]) (eine Anwendung des Satzes: locus regit actum); daß es keinen „erworbenen Rechtsschutzanspruch“ im Sinne der Privatrechtstheorie gibt, sondern daß ein neues Gesetz früher bestandene Rechtsschutzansprüche ohneweiters vernichten kann.

II. Der Rechtsschutzanspruch besteht auf verschiedenen Rechtsgebieten. Hier interessiert nur der zivilprozessuale Rechtsschutzanspruch, der von nun

---

[6]) Einen guten Beleg hiefür bietet Spr. Rep. Nr. 46.

[7]) A. M. Wach auf Grund seiner (hier abgelehnten) Theorie einer Einlassungspflicht des Beklagten.

[8]) Nicht immer; siehe z. B. § 385 Abs. 2 Z. P. O.

[9]) Wach I. S. 19 ff.; Langheinecken S. 15 ff.; a. M. Regelsberger, Pandekten I. S. 671, wohl auch Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I. S. 418 f.

[10]) Teilweise a. M. Gaupp-Stein, Komm. zur dtsch. Z. P. O. (5. Aufl.) I. S. 515.

an kurzweg „Rechtsschutzanspruch“ genannt wird. Er geht auf die Gewährung der Staatshilfe durch die staatlichen Gerichte im Wege des Zivilprozesses (siehe § 14). Die oben allgemein entwickelten Sätze gelten auch hier. Es ist darum auch hier keine Frage der Begriffsentwicklung, sondern des positiven Rechtes — hier ausschließlich des Zivilprozeßrechtes[11]) —, ob und unter welchen Bedingungen ein bestimmter Rechtsschutzanspruch besteht. Nur ist hier die Bedeutung dieses Satzes größer als anderwärts, weil zwar nicht ausnahmslos, aber der überwiegenden Regel nach privatrechtliche Rechtsverhältnisse und Ansprüche die Grundlage der Rechtsschutzansprüche bilden; auf jene findet darum das Privat-, auf diese das (öffentliche) Zivilprozeßrecht Anwendung.

Korrespondierend mit der im § 15 darzulegenden Dreiteilung des Zivilprozesses in ein Erkenntnis-, Exekutions- und Sicherungsverfahren zerfällt der Rechtsschutzanspruch in einen Anspruch auf Urteil, Vollstreckung, Sicherung; dem zweiten ist der Anspruch auf Teilnahme am Verteilungsverfahren zugesellt. Diese Anspruchsarten sind rechtlich voneinander unabhängig, wenn auch in der Regel der Vollstreckungsanspruch vom Urteilsanspruch, der Teilnahmeanspruch vom Vollstreckungsanspruch tatsächlich abhängen.

§ 2. Der Urteilsanspruch.[1])

I. Er ist der Anspruch auf die Fällung einer dem Antragsteller günstigen Sachentscheidung; für diese Sachentscheidungen ist die Urteilsform reserviert, wenn auch nicht die ausschließliche (§§ 459, 548, 557 Z. P. O.). Dieser Sachentscheidung geht ein Verfahren voran, in welchem der Anspruch spezialisiert, das heißt in die Tatsachen zerlegt wird, aus denen er besteht; jede Prozeßpartei führt das auf den Anspruch bezügliche Tatsachenmaterial vor (Parteivortrag; siehe § 83), und Differenzen der Vorträge beider Parteien werden wenn möglich durch Beweisaufnahmen behoben. Auf diese Weise soll gedankenmäßig der vollständige, richtige Sachverhalt ermittelt und auf seiner Basis die Sachentscheidung gefällt werden.

In dieser Sachentscheidung spricht sich das Gericht autoritativ, bindend, und zwar nur bindend ohne Rücksicht auf seine innere Wahrheit, darüber aus, ob der behauptete Rechtsschutzanspruch besteht oder nicht; es spricht damit auch über den Gegenstand dieses Rechtsschutzanspruches ab. Dieser Gegenstand, die Zivilprozeßsache (siehe § 3), kann nach dreifacher Richtung die Grundlage des Rechtsschutzanspruches auf ein günstiges Urteil bilden: der Anspruch kann gehen auf die Feststellung, Erlassung eines Leistungsbefehles, Rechtsgestaltung[2]) jenes Gegenstandes, wobei es nicht ausgeschlossen ist,

---

[11]) Irrelevant ist es natürlich, daß z. B. § 19 a. b. G. B. in einem Privatrechtsgesetze steht; er ist deshalb doch eine Norm des Zivilprozeßrechtes.

[1]) Der dem deutschen Rechte entnommene terminus paßt für das österreichische Recht nicht ganz, weil der Anspruch nicht immer auf ein günstiges Urteil geht; er empfiehlt sich jedoch wegen seiner Deutlichkeit.

[2]) Ott in G. H. 1899 S. 33 erkennt wohl nur die ersten zwei Fälle an; Horten S. 78 nur die Teilungsklage als (einzige) Rechtsgestaltungsklage.

daß derselbe Tatbestand mehr als einen dieser Urteilsansprüche auslöst (siehe z. B. Art. 27 H. G. B.).

Der Feststellungsanspruch[3]) geht auf die autoritative Feststellung, daß ein bestimmtes Rechtsverhältnis, ein bestimmter — wenn auch bedingter, aber nicht bloß erhoffter — materiellrechtlicher Anspruch[4]) (in einem einzigen[5]) Ausnahmsfalle auch: daß eine bestimmte Tatsache, jene der Urkundenechtheit oder Unechtheit, nie ein Rechts- oder Erfahrungssatz,[6]) etwa ein Gewohnheitsrechtssatz oder eine Usance) jetzt zu Recht bestehe oder nicht bestehe (§§ 228, 236, 259 Z. P. O.; positiver und negativer Feststellungsanspruch). Mehr, z. B. eine Rechtsänderung[7]) oder die Schaffung eines Exekutionstitels[8]) (siehe § 5), ist auf diesem Wege, mit diesem Rechtsschutzanspruche nicht zu erreichen, während allerdings § 230 des Entwurfes weiter ging. Und ebensowenig ist der Feststellungsanspruch dazu bestimmt, einem künftigen Leistungsanspruche vorzuarbeiten,[9]) sei es, indem das Feststellungsurteil selbst im Zeitverlaufe zum Exekutionstitel würde, sei es, daß es für einen künftigen Leistungsprozeß eine unanfechtbare Grundlage böte;[10]) das erste ist durch § 406 erster Satz Z. P. O. und durch den Mangel eines Leistungsbefehles im Feststellungsurteile erwiesen; das zweite folgt daraus, daß zu diesem lediglich vorbereitenden Zwecke die Institution außer Verhältnis stünde, daß der Apparat für den Zweck zu groß wäre. Es könnte sich darnach fragen, ob für diese Rechtsschutzform noch ein Tätigkeitsfeld bleibe, da ja Ansprüche auch vom Verpflichteten anerkannt werden, und da ja auch rechtzeitig für den Beweis der sie begründenden Tatsachen (z. B. durch Urkunden, durch eine Beweissicherung) gesorgt werden kann, so daß eine eigene Rechtsschutzform für solche Zwecke entbehrlich erschiene. Allein das Feststellungsurteil bietet mehr, als auf diesen Wegen

[3]) Ott, Die Feststellungsklage (G. Z. 1899 Nr. 5 f.); Kornfeld in Jur. Bl. 1897 Nr. 8, 11; v. Neumann-Ettenreich in Jur. Bl. 1897 Nr. 9; Hoegel in G. H. 1897 Nr. 2 f.; Friedlaender in G. Z. 1897 Nr. 11, 1900 Nr. 17; Tilsch in Jur. Bl. 1899 Nr. 28; Sternberg, Die Feststellungsklage (G. H. 1897 Nr. 48—50). Die Literatur zu dem (vom § 228 Z. P. O. abweichend textierten) § 256 dtsch. Z. P. O. siehe bei Gaupp-Stein I. S. 533 ff.

[4]) Das Gesetz sagt „Recht", was mit Anspruch hier gleichbedeutend ist; Pfaff-Schey Nr. 352, 580; Ott S. 35; Demelius S. 387; a. M. Neumann, Komm. I. S. 537 ff.

[5]) Daher formuliert Staub-Pisko, Komm. I. S. 109 letzter Abs. die Feststellungsklage nach Art. 27 H. G. B. unrichtig. Richtig Z. E. Nr. 445; Nowak III. Nr. 495; Pfaff-Schey Nr. 1055; bedenklich Pfaff-Schey Nr. 1111 (Antrag auf Erkenntnis, daß die ... Sterbedividende binnen drei Jahren ... verjähre); unrichtig Sternberg a. a. O. S. 608.

[6]) § 228 Z. P. O. läßt keinem Zweifel Raum; wie Text Ott; a. M. Sternberg a. a. O. S. 607.

[7]) Darum sind die Klagen des Art. XI Z. 4 Einf. Ges. zur Z. P. O., § 231 E. O. keine Feststellungsklagen (a. M. Fischer-Colbrie, Anfechtung von Hypotheken S. 96; teilweise a. M. v. Canstein S. 280 Note 6), wohl aber jene des § 10 E. O. (a. M. Neumann, Komm. II. S. 71).

[8]) Z. E. Nr. 253; Neumann, Komm. I. S. 542; Wachtel S. 542; Gaupp-Stein I. S. 534; Gmelin, Vollstreckbarkeit S. 47 ff. (mit guter Begründung); a. M. Wach, Feststellungsanspruch S. 35 f. Vergl. Pfaff-Schey Nr. 439.

[9]) A. M. Ott S. 34; zweifelhaft Pfaff-Schey Nr. 1055.

[10]) Das kann freilich das zufällige Ergebnis eines Feststellungsurteiles sein.

erreicht werden könnte;[11]) es bietet eine Feststellung des Rechtszustandes, die nicht wie ein privates Anerkenntnis zurückgezogen, nicht wie ein Beweismittel einer immerhin schwankenden Beweisführung oder Würdigung unterzogen, nicht durch einen Gegenbeweis entkräftet werden darf. Daß diese Feststellung über alle Anfechtung (außer durch Rechtsmittel) erhaben ist, das hat diese Rechtsschutzform geschaffen und gibt ihr die Lebensberechtigung.

Die zweite Form des Rechtsschutzanspruches auf ein Urteil, zugleich ihre älteste Gestaltung, verfolgt viel greifbarere Ziele; es ist der Leistungsanspruch.[12]) Mit ihm verlangt der Rechtsschutzberechtigte die Erlassung eines Befehles an den Beklagten zur Erfüllung jener Leistung, auf die er ein Recht hat, bestehe sie in Geld, sonstigen Sachen, Handlungen, Duldungen, Unterlassungen. Dieser Befehl ist es, welcher das Leistungs- vom Feststellungsurteile unterscheidet; dieses hat ihn nie, jenes muß ihn immer haben (§ 409 Z. P. O.). Daraus ergibt sich, daß nur (materiellrechtliche) Ansprüche, nicht auch Rechtsverhältnisse oder Tatsachen den Gegenstand dieses Leistungsanspruches bilden können; dagegen besteht hinsichtlich der Ansprüche kein Unterschied, so daß sie auf ein Tun, Dulden, Unterlassen[13]) gerichtet sein können. Wohl aber darf von Staats wegen im Urteile nur die Erfüllung jener Ansprüche befohlen werden, welche — zwar nicht im Zeitpunkte der Klage,[14]) aber — im Zeitpunkte der Urteilsfällung als präsente und unbefriedigte (aber vom Beklagten auch freiwillig befriedigbare) bestehen; hievon gibt es nur wenige Ausnahmen für bedingte und betagte Ansprüche[15]) (§§ 406, 407 Z. P. O., § 7 E. O.), Ausnahmen, welche dieser ihrer Natur wegen trotz der an sich sinnstörenden Worte „vor Eintritt der Fälligkeit einer Forderung“ im § 7 E. O. — die sich nach ihrer Fortsetzung nur auf vollstreckbare Notariatsakte beziehen können — keine ausdehnende Interpretation zulassen.[16]) Der Leistungsbefehl ist, und hierin liegt sein Hauptwert, erzwingbar, wenn auch nicht (wie ziemlich allgemein gelehrt wird) stets vollstreckbar. Bisweilen umgeht nämlich das Gesetz die Zwangsvollstreckung, indem es sie durch andere Maßnahmen überflüssig macht; solche Ausnahmen enthalten z. B. § 350 E. O. (Anspruch auf Einräumung . . . eines bücherlichen Rechtes) und § 367 E. O. (Anspruch auf Abgabe einer[17]) Willenserklärung[18]),

[11]) A. M. Pfaff-Schey Nr. 426, die Wirkungen des Feststellungsurteiles und des Anerkenntnisses einander gleichstellend.

[12]) Stein, Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen (1897) S. 11 ff.; Gmelin S. 28 ff.; Langheinecken S. 194 ff.; Hellwig S. 348 ff.

[13]) A. M. Hellwig S. 350 ff., weil nur Ansprüche auf ein positives Tun sofort befriedigungsfähig seien, andere nur dauernd, also zukünftig.

[14]) § 406 Z. P. O. spricht aus Anlaß seines wichtigsten Falles dieses Prinzip aus; wer hiefür eine Bekräftigung sucht, findet sie in der Norm des § 7 E. O. über bedingte Ansprüche.

[15]) Z. E. Nr. 190; Pfaff-Schey Nr. 621.

[16]) Die deutsche Zivilprozeßordnung hat diese Ausdehnung in den §§ 257—259 vorgenommen.

[17]) Mündlichen; wo die Schriftform essentiell ist, tritt § 367 E. O. nicht ein (arg. § 350 E. O.); a. M. Neumann, E. O. S. 381; Krainz I. S. 453; wie Text Staub-Pisko I. H. G. B. S. 54.

[18]) Kipp, Verurteilung zur Abgabe

in denen der Ablauf der Paritionsfrist die zu erzwingende Erklärung ersetzt. Man könnte versucht sein, in diesen Ausnahmen den Grund dafür zu finden, daß diese Urteile nicht zu den Leistungsurteilen zu zählen seien; allein man wäre im Unrecht. Denn zu den Feststellungsurteilen zählen sie nicht, wie die Betrachtung der durch eine erfolgreiche Nichtigkeitsklage (§ 529 Z. P. O.) entstehenden Situation ergibt: das Feststellungs- wie das Leistungsurteil werden da gleichmäßig vernichtet; aber bei jenem bleibt dann keine Wirkung übrig, während in den Fällen der §§ 350, 367 E. O. die Willenserklärung noch abgegeben ist und ihre Wirkungen, z. B. für das Grundbuch, äußert, daher einer besonderen Aufhebung (z. B. nach § 39 Z. 1 E. O.) bedarf. Zu den Rechtsgestaltungsklagen aber kann man die Fälle der §§ 350, 367 E. O. nicht zählen,[19]) weil sie nicht auf eine Rechtsveränderung abzielen.

Der Rechtsgestaltungsanspruch[20]) ist auf eine Rechtsveränderung gerichtet und setzt sich hiedurch zum Feststellungs- und Leistungsanspruch in einen Gegensatz. Es gibt Situationen, deren Fortbildung das Gesetz nicht einer Partei und auch nicht beiden Parteien zusammen überlassen, auf deren Fortbildung es der Partei aber dennoch ein Recht geben will; solche Situationen kommen sowohl im Privatrechte (siehe z. B. die §§ 49, 233 a. b. G. B.; Art. 101,[21]) 125, 128, 315 H. G. B.) als im Prozeßrechte (siehe z. B. §§ 37 — gewöhnlich zu den Feststellungsansprüchen gerechnet — 39 Z. 1, 231, 258 E. O.) als auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor (siehe z. B. § 124 K. O.[22]); die mittleren sind bestimmt, nach Art der Rechtsmittel,[23]) aber in einem selbständigen Erkenntnisverfahren[24]) die Auflösung einer bestimmten prozessualen Situation, z. B. der Pfändung des Gutes eines Dritten herbeizuführen. In allen hiehergehörenden Fällen tritt die verlangte Wirkung nie vor dem Urteile, nie durch die Partei allein, sondern erst durch den Urteilsspruch ein, andererseits durch diesen allein, ohne die nachfolgende Erzwingung einer Parteihandlung. Durch diesen Mangel an der Vollstreckbarkeit stehen die Rechtsgestaltungsansprüche anscheinend den Feststellungsansprüchen nahe, mit denen sie auch das Merkmal verbindet, daß die Parteihandlung nicht die gleiche Wirkung wie das Urteil herbeiführen kann; dennoch sind die beiden Gruppen nicht nur in den Rechtsschutzbedingungen (II), sondern auch durch ihren Gegenstand verschieden; man pflegt diesen Unterschied dahin

einer Willenserklärung (1892); Kohler im Arch. f. zivil. Praxis LXXX. S. 267 ff.; Langheinecken S. 252 ff.; Hellwig S. 445 ff.

[19]) Hellwig S. 447 f.; a. M. Langheinecken S. 252. Die richtige Auffassung auch bei Pfaff-Schey Nr. 909.

[20]) v. Schrutka in Grünhuts Zeitschr. XVI. S. 616; andere termini: Bewirkungsklagen (Langheinecken), Aufhebungsklagen (Flechtheim), rechtschaffende Klagen (Stein), rechtsändernde Klagen (Hellwig). Vergl. Sigmund Karplus, Exekution von Personenrechten (Jur. Bl. 1902 Nr. 10 ff.).

[21]) A. M. Staub-Pisko I. S. 305 § 3.

[22]) In Deutschland streitig: wie Text Oetker, Grundbegriffe S. 579 ff.; a. M. (für den Feststellungsanspruch) Jaeger, Konkursordnung S. 551. — A. M. früher für das österreichische Recht R. Pollak, Konkursrecht S. 225.

[23]) Daher diese Gruppe auch Rechtsmittelklagen heißt; Hellwig S. 485.

[24]) Stein S. 15 ff.; Hellwig S. 485 ff.

zu fassen, daß Feststellungs- (und Leistungs-) Urteile zu deklarieren, also Bestehendes zu sichern haben, während Rechtsgestaltungsurteile konstitutiv wirken sollen.

II. Die Rechtsschutzbedingungen dieser drei Formen des Urteilsanspruches sind voneinander verschieden, und zwar dergestalt, daß jemand nur ausnahmsweise die Wahl zwischen zwei dieser Formen hat; der Regel nach steht ihm in concreto nur die eine oder die andere zur Verfügung.

a) Der Feststellungsanspruch kann mit einer Klage oder mit einem Antrage geltend gemacht werden (§§ 228, 236, 259 Z. P. O.); je nach der Form ändern sich auch seine Bedingungen.

Für die Feststellungsklage wird ein rechtliches Interesse des Klägers an der alsbaldigen gerichtlichen Feststellung gefordert (§ 228 Z. P. O.). Dieses Interesse muß im Zeitpunkte der Urteilsfällung[25]) schon und noch[26]) vorhanden sein (arg. § 406 Z. P. O.). Es muß ein „rechtliches" Interesse sein,[27]) so daß ein wirtschaftliches[28]) ebensowenig als ein juristisches hinreicht: das Gericht ist nicht zur Lösung abstrakter Rechtsfragen da. Bei positiven Feststellungsklagen liegt dieses Interesse dann vor, wenn infolge des Verhaltens des Beklagten eine erhebliche Ungewißheit über den Bestand, Umfang, Beweis oder über die Möglichkeit der Betätigung des Rechtsverhältnisses oder Rechtes entsteht. Diese Ungewißheit muß nach vernünftiger Beurteilung der Situation, nicht bloß nach dem subjektiven Ermessen des Klägers vorhanden sein: daß er sich bedroht fühlt, reicht dort nicht aus, wo kein vernünftiger Grund zur Ungewißheit vorhanden ist, so daß folgeweise (zum Unterschiede vom früheren Rechte) nicht jede Rechtsberühmung des Gegners zur Feststellungsklage berechtigt.[29]) Dagegen fordert § 228 Z. P. O. nicht, daß der Kläger der Berechtigte,[30]) der Beklagte der Verpflichtete aus dem zweifelhaft gewordenen Rechtsverhältnisse oder Rechte sei. Bei den negativen Feststellungsklagen kann das rechtliche Interesse nicht in der Gefährdung eines bestimmten Rechtsverhältnisses oder Rechtes bestehen, da ja dessen Existenz vom Kläger in Abrede gestellt wird; hier liegt es demnach in der Gefährdung der Gesamtrechtssphäre des Klägers durch das Verhalten, z. B. eine entsprechende Rechtsberühmung des Beklagten.[31]) — Das Feststellungsinteresse muß auch ein solches an einer „alsbaldigen" Feststellung sein;[32]) hiedurch wird die Überschwemmung der Gerichte mit nutzlosen Klagen verhindert.

---

[25]) A. M. Z. E. Nr. 137: Das Interesse (und das festzustellende Rechtsverhältnis) müssen bei der Klagerhebung vorhanden sein.

[26]) A. M. Sternberg a. a. O. S. 597.

[27]) Beispiele: Pfaff-Schey Nr. 1111, 1116, 1126, 1148.

[28]) Pfaff-Schey Nr. 438; a. M. Pfaff-Schey Nr. 426; Demelius S. 386 (Interesse an Krediterhaltung sei ein Interesse im Sinne des § 228 Z. P. O.).

[29]) A. M. Z. E. Nr. 387.

[30]) Gut ausgeführt in Pfaff-Schey Nr. 1007; siehe §§ 213, 231 E. O.; R. Schmidt, Lehrbuch S. 697; a. M. Hellwig S. 428 f.

[31]) Auf die Feststellung der Urkundenechtheit sind diese Sätze sinngemäß anzuwenden.

[32]) Zu strenge Pfaff-Schey Nr. 580. Vergl. Staub-Pisko I. S. 299 § 5.

Gerade nur beim Vorhandensein dieser Elemente ist eine Feststellungsklage begründet; fehlt etwas daran, so ist sie ebenso unbegründet, als wenn dem Kläger der Leistungs-[33]) oder Rechtsgestaltungsanspruch zu Gebote steht. Diese Normen sind nicht nur zwingendes Recht, sondern die Zivilprozeßordnung hat durch ihre Regelung dieses ausschließlich prozessualen „Gegenstandes", nämlich der Feststellungsklage, auch alle früheren Normen über Feststellungsklagen aufgehoben.[34]) Das ergibt sich nicht nur aus Art. I Abs. 2 Einf. Ges. zur Z. P. O., sondern auch e contr. aus § 10 E. O. und noch daraus, daß das Gesetz im Art. XXXVIII Einf. Ges. zur Z. P. O. drei Fälle — die bisweilen noch hiehergezogenen Fälle des Art. XI Z. 4 Einf. Ges. zur Z. P. O. und des § 258 E. O. sind Rechtsgestaltungsansprüche — der alten „Aufforderungsklagen" mit dem ausdrücklichen Bemerken aufrechterhalten hat, hier sei der Nachweis eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung nicht erforderlich.

Der Feststellungsantrag[35]) ist im wesentlichen nur eine abgekürzte Klage; er ist nie für Tatsachen, sondern nur für Rechtsverhältnisse und Rechte zulässig. Zu deren Feststellung darf er während eines Erkenntnisverfahrens erster Instanz dann verwendet werden, wenn das festzustellende Rechtsverhältnis oder Recht im Prozesse streitig geworden und im Zeitpunkte der Urteilsfällung[36]) objektiv präjudiziell für die Entscheidung sei es des Klageanspruches, sei es über die Einrede der Gegenforderung (arg. § 391 Abs. 3 Z. P. O.) ist (§§ 236, 259 Z. P. O.). Der Regel nach wird die hier geforderte Präjudizialität mit dem für die Feststellungsklage geforderten Interesse zusammenfallen; aber das Interesse allein würde rechtlich nicht genügen, um den Feststellungsantrag zu rechtfertigen (§ 236 Z. P. O.): das Erfordernis der Präjudizialität ersetzt also hier jenes des rechtlichen Interesses.[37])

b) Der Leistungsanspruch kann mit der Klage und in gewissen Fällen mit der Einrede der Gegenforderung geltend gemacht werden (siehe § 76).

Die Voraussetzung für ihn ist jedenfalls, daß der materiellrechtliche Anspruch im Zeitpunkte der Urteilsfällung bestehe (§ 406 Z. P. O.), und zwar als unbedingter und präsenter; nur in den expresse in den Gesetzen genannten Fällen, unter denen die Alimentationsansprüche die größte Rolle spielen, darf derselbe betagt oder bedingt, insbesondere von einer Gegenleistung abhängig sein (§ 406 Einf. Ges. zur Z. P. O.; § 7 E. O.). Nicht erfordert wird für den Leistungsanspruch, daß sein materiell-

[33]) Z. E. Nr. 310, 445.

[34]) A. M. Ott a. a. O. S. 35; Demelius S. 387; Neumann, Komm. I. S. 541; Wachtel S. 215, alle, soviel ich sehe, ohne eine Begründung zu geben.

[35]) v. Schrutka, Über die Präjudizialität als Voraussetzung des Zwischenantrages auf Feststellung (Not. Z. 1900 S. 73 ff.); Ott, Feststellungsklage (G. Z. 1899 S. 176); Klein, Vorlesungen S. 198 ff.; Friedlaender in G. Z. 1900 Nr. 17; Z. E. Nr. 67, 253; Pfaff-Schey Nr. 593, 596.

[36]) v. Schrutka a. a. O.; a. M. Klein S. 215 f.

[37]) A. M. v. Canstein S. 137.

rechtlicher Anspruch vor dem Urteile oder gar vor der Klage verletzt worden sei; diese im gemeinen Rechte[38]) streitig gebliebene Frage ist trotz des anscheinend abweichenden § 19 a. b. G. B. durch § 45 Z. P. O. in demselben Sinne wie durch § 95 dtsch. Z. P. O.[39]) dahin beantwortet worden, daß schon der befriedigungsbedürftige, wenn auch noch nicht verletzte materiellrechtliche Anspruch den Leistungsanspruch begründe; die Klage ist also dann nicht vorzeitig.[40])

c) Die Rechtsgestaltungsansprüche bilden die Ausnahmen im zivilprozessualen Rechtsschutzsysteme;[41]) allgemeine Rechtsschutzbedingungen gleich jenen der §§ 228 und 406 Z. P. O. fehlen denn auch für sie. Sie werden durch Spezialnormen ersetzt, welche die einzelnen Fälle ihrer Zulassung regeln; fehlt es am Tatbestande einer dieser Normen auch nur teilweise, so besteht der Schutzanspruch auf Rechtsgestaltung nicht.

III. Allen Urteilsansprüchen ist gemeinsam, daß sie nie von Amts wegen geltend gemacht werden; das Erkenntnisverfahren ist ein Antragsverfahren. Der Verjährung unterliegen Urteilsansprüche auf Leistung und Rechtsgestaltung, insoweit keine positivrechtlichen Ausnahmen bestehen (§ 1481 a. b. G. B.); Feststellungsansprüche verjähren nicht.[42])

§ 3. Die Zivilprozeßsache.[1])

I. Zivilprozeßsachen sind jene Rechtssachen, zu deren Austragung der Urteilsanspruch und das Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses bestimmt ist. Die Ungenauigkeit dieses allgemein in diesem Sinne üblichen terminus erklärt sich bei einigen Autoren dadurch, daß sie unter dem Zivilprozesse lediglich das Erkenntnisverfahren desselben verstehen, bei anderen aus der auch sonst hervortretenden Gewöhnung,[2]) die Erscheinungen des Zivilprozesses lediglich unter dem Gesichtspunkte seines Erkenntnisverfahrens zu betrachten. Nach dieser Klarlegung empfiehlt sich aber die Beibehaltung der üblichen Terminologie.

Welche Sachen sind nun zur Austragung im Erkenntnisverfahren bestimmt? Mit anderen Worten: für welche Rechtssachen gewährt das Gesetz Urteilsansprüche? Alle Rechtssachen zerfallen in Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen; die Strafsachen scheiden aus unserer Betrachtung aus.

---

[38]) Für die Notwendigkeit der vorangegangenen turbatio z. B. Savigny, System V. S. 6, gegen sie Arndts § 107; Windscheid I. S. 350 ff.

[39]) Hellwig S. 353, 364 ff. (der die herrschende Lehre hier vertritt); a. M. Langheinecken S. 126.

[40]) Nur Kostennachteile treten auf Grund des § 45 Z. P. O. ein.

[41]) Die regelmäßige Form zur Befriedigung ihrer Interessen gibt das Verfahren außer Streitsachen.

[42]) Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I. S. 427 ff., dessen Einteilung der Urteilsansprüche allerdings von jener des Textes erheblich abweicht.

[1]) v. Schrutka, Zivilprozeßsache (im Österr. Staatswörterb. I. S. 268 ff.); v. Canstein, Lehrbuch II. S. 10 ff.; Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft S. 218 ff.; Tezner, Handbuch des Administrativverfahrens S. 372 ff.

[2]) Nur sie erklärt z. B. die Textierung des § 477 Z. 6 Z. P. O.

Unter den Zivilsachen, „bürgerlichen Rechtssachen" (Art. I Einf. Ges. zur J. N.), hat man die Privatrechtssachen zu verstehen. Eine Privatrechtssache liegt dann vor, wenn ihr Rechtsverhältnis durch privatrechtliche Normen geregelt ist; privatrechtlich nennen wir aber eine Norm nicht nach dem Orte ihrer Setzung (so daß z. B. alle Paragraphen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches Privatrechtsnormen enthielten), sondern darnach, ob sie Rechte und Pflichten in erster Linie im Hinblicke auf die Einzelperson und erst in zweiter Linie[3]) in jenem auf das Staatsganze festsetzt.[4]) Natürlicherweise kann es auch vorkommen, daß ein Normenkomplex neben einer solchen privatrechtlichen auch eine straf- oder verwaltungsrechtliche Seite hat; die Rechtsverhältnisse, welche er regelt, haben dann eine gemischte Natur, sind bald Zivil-, bald Straf-, bald Verwaltungssachen. Alle anderen Rechtsverhältnisse sind öffentlichen Rechtes.[5])

II. Grundsätzlich sind nun die Zivilsachen zivilgerichtliche Sachen, das heißt solche, zu deren Austragung die Zivilgerichte bestimmt sind. Das entspricht gleichmäßig dem Sinne des § 1 J. N. und der freilich schwer mit Sicherheit zu ermittelnden Bedeutung des unglücklich stilisierten Art. XV Abs. 1 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 Nr. 144; wenn nämlich dort von „einander widerstreitenden Ansprüchen der Privatpersonen" die Rede ist, so kann man darunter trotz der weitergehenden Absicht der Gesetzgeber nur deren Privatrechte, also Zivilsachen verstehen.[6]) Es sind somit alle Zivilsachen zivilgerichtliche Sachen, wenn sie nicht im Adhäsionsverfahren eines Strafprozesses[7]) verhandelt werden (§§ 365 ff. Str. P. O.), oder wenn nicht „eine Verwaltungsbehörde nach den bestehenden oder künftig zu erlassenden Gesetzen über einander widerstreitende Ansprüche von Privatpersonen zu entscheiden hat" (Art. XV

---

[3]) A. M. v. Schrutka a. a. O. S. 269: die Privatrechtsnormen seien (lediglich) im Hinblicke auf das Einzelinteresse bestimmt.

[4]) Beispiele aus der Praxis: Pfaff-Schey Nr. 847 (Ersatzansprüche gegen Bürgermeister wegen Amtsüberschreitung), Nr. 157 (gegen andere Gemeindeorgane aus demselben Grunde), Nr. 175 (Rückersatzansprüche des gewesenen Bürgermeisters an die Gemeinde für Gemeindeauslagen), Nr. 653 (Wasserlieferungsverträge zwischen Kommune und Wasserlieferungsgesellschaft), Nr. 743 (Rückersatz von Geldpostanweisungen vom Staate), Nr. 517 (Anspruch der Kommune an den Hausherrn auf die Herstellungskosten des Trottoirs), Nr. 710 (Pensionsansprüche der Staatsbahnbeamten gegen den Staat); Nowak III. Nr. 437 (emphyteutischer Zins), Nr. 273 (Anspruch auf außergewöhnlichen Wasserbezug gegen die Kommune), Nr. 488, 509, 551; IV. Nr. 594 (Ersatzansprüche aus der Armenversorgung nach § 1042 a. b. G. B. gegen Gemeinden).

[5]) Beispiele aus der Praxis: Pfaff-Schey Nr. 383, 866 (öffentliches Gut; siehe aber Nr. 1165, Z. E. Nr. 327), Nr. 728 (straßenpolizeiliche Verfügungen), Nr. 702, 736; Nowak IV. Nr. 568 (Wasserrechtssachen); Pfaff-Schey Nr. 926 (Beiträge zu Kultuszwecken); Nowak IV. Nr. 582 (Dotation von katholischen Geistlichen), Nowak IV. Nr. 729 (Anspruch des Staates auf Ersatz durch die Gemeinde für die von ihr eingehobenen und nicht abgeführten Steuergelder), Nowak IV. Nr. 509.

[6]) Rösler, Der österreichische Verwaltungsgerichtshof (in Grünhuts Zeitschr. IV. S. 253 ff.); Bernatzik a. a. O. S. 247 ff.; v. Schrutka a. a. O.

[7]) Hoegel, Die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche aus strafbaren Handlungen (in Grünhuts Zeitschr. XX. S. 265—365); Horten S. 77 ff.

l. c.). Die Beschreitung des Adhäsionsprozesses ist stets[8]) eine freiwillige und tangiert darum genau genommen den Charakter einer Zivilsache als einer zivilgerichtlichen nicht. Anders steht es dagegen mit der Verweisung bestimmter Zivilsachen[9]) vor die Verwaltungsbehörden; diese Zuweisung benimmt den betreffenden Zivilsachen den Charakter der zivilgerichtlichen Rechtssachen, weil die Verwaltungsbehörden nicht nur provisorisch, sondern definitiv über sie entscheiden. Zwar sagt der zitierte Art. XV Abs. 1, es stehe „dem durch diese Entscheidung in seinen Privatrechten Benachteiligten frei, Abhilfe gegen die andere Partei im ordentlichen Rechtswege[10]) zu suchen", und im Judik. Buch Nr. 130 hat der oberste Gerichtshof ausgesprochen, daß auf Grund dieses Art. XV der Rechtsweg für alle Zivilsachen eröffnet sei; allein dieser Rechtsansicht[11]) kann nicht beigetreten werden. So sicher es nämlich ist, daß der zitierte Art. XV Abs. 1 diese Überprüfung der Verwaltungsbehörden durch die Zivilgerichte einführen wollte, so ist er doch ohne ein Ausführungsgesetz ebenso unanwendbar, als es z. B. Art. XV Abs. 2 desselben Gesetzes vor dem Gesetze vom 22. Oktober 1875 war; Art. XV Abs. 1 enthält ja keine Form- und keine Fristbestimmungen für diese Überprüfung, keine Zuständigkeitsnorm für diesen Anfechtungsantrag, keine Vorschrift über seinen Inhalt (Abänderung, Aufhebung der Verwaltungsentscheidung, zivilgerichtliche Entscheidung ohne Rücksicht auf jene?) u. s. w.; er ist mit einem Worte technisch unbrauchbar, wenn man ihn nicht, wie Art. XV Abs. 2 oder Art. X Abs. 1 desselben Gesetzes, lediglich als Anweisung an den Gesetzgeber über den Inhalt seiner künftigen Gesetzgebung betrachtet. Das Ergebnis dieser Prüfung ist demnach, daß derzeit, bis zum Erlasse des Ausführungsgesetzes zum Art. XV Abs. 1, eine Anfechtung der Entscheidungen der Verwaltungsbehörden in Zivilsachen nicht auf Grund dieses Artikels, sondern nur auf Grund der wenigen bestehenden Spezialnormen zulässig ist;[12]) nur in diesen Ausnahmsfällen hat darum jene Entscheidung der Verwaltungsbehörden einen lediglich provisorischen Charakter.

Eine Zivilsache hört nicht dadurch auf, es zu sein, daß zu ihrer Entscheidung öffentlichrechtliche Vorfragen geprüft werden müssen, also

[8]) A. M. Horten S. 79.

[9]) Sie sind in der Klein'schen Ausgabe der früheren Zivilprozeßgesetze (Manz'sche Gesetzesausgabe VI/1. S. 106 bis 134) aufgezählt. Siehe auch Pfaff-Schey Nr. 496 (Schadenersatzklagen gegen Staatsbeamte im Finanzdienst, Hofd. vom 14. März 1806, J. G. S. Nr. 758); Nowak III. Nr. 338 (Entschädigung für Manöverschaden, Gesetz vom 11. Juni 1879 Nr. 93); v. Pražak, Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und der Verwaltungsbehörden (1889); Menger S. 12 ff.

[10]) Das heißt: im Wege des zivilgerichtlichen Erkenntnisverfahrens.

[11]) Sie ist in der Literatur sehr bestritten; wie das Judik. Buch Menger, System S. 217 ff.; v. Schrutka a. a. O. S. 270; Bernatzik S. 252 ff. (der aber die im Texte gerügten Mängel hervorhebt); Tezner, Handbuch des österr. Administrativverfahrens S. 51 ff.; wie Text Ulbrich in Jur. Vrtjschr. 1890 S. 101 ff.; v. Pražak in Samitsch' Zeitschr. I. S. 233, III. S. 271; R. Pollak, Dienststreitigkeiten (im Österr. Staatswörterb. I. S. 296).

[12]) Siehe z. B. § 46 der Fahrpostordnung vom 12. Juni 1838, J. G. S. Nr. 280; § 76 des Forstgesetzes vom 3. Dezember 1852 Nr. 250.

solche, zu deren Entscheidung die Zivilgerichte nicht berechtigt wären; vielmehr ist grundsätzlich (also abgesehen von in den Gesetzen, z. B. im Heimatsgesetze vom 3. Dezember 1863 Nr. 105 gemachten Ausnahmen) das Gericht zur Prüfung solcher noch nicht rechtskräftig entschiedener[13]) Vorfragen selbständig befugt (§§ 190, 191 Z. P. O.) und kann daher hinsichtlich solcher auch in einen Widerspruch mit den Verwaltungs- und Strafbehörden kommen. Diese Befugnis der Gerichte bedeutet gleichzeitig ihre Verpflichtung zur selbständigen Prüfung dieser Vorfragen. Das Gericht darf also seine Entscheidung über eine Zivilsache nicht deshalb ablehnen, weil hiebei Vorfragen zu erledigen sind, welche autoritativ zu entscheiden die Gerichte nicht berufen wären.[14]) Nur bleibt das Prüfungsergebnis dieser Vorfragen ein Entscheidungsgrund, wird keine Entscheidung des Gerichtes. Diese Regelung entspricht der germanischen Rechtsanschauung, während das französische Recht den entgegengesetzten Standpunkt vertritt. Die rationelle Begründung des deutschen Systems liegt in seiner Einfachheit und in der besonderen Abkürzung, welche es durch seine Konzentration aller Prüfung bei einer Behörde gewährt, endlich auch in der Unabhängigkeit der einzelnen Behördengruppen von einander; die entgegenstehenden Bedenken, namentlich aus der mangelnden Schulung der Behörden zur Entscheidung solcher ihnen in der Regel ferneliegenden Vorfragen, sind für die Regel der Fälle nicht erheblich genug, um ihnen das Übergewicht zu geben, namentlich da die „Entscheidung" über diese Vorfragen nicht autoritativ ergeht. Ausnahmsweise sind freilich diese Bedenken stark genug, um die Prüfung der Vorfragen den Zivilgerichten zu entziehen; solche Ausnahmen enthalten z. B. der § 36 des Heimatsgesetzes vom 3. Dezember 1863 Nr. 105, § 37 der Gemeindeordnung für Böhmen vom 16. April 1864.

Bisher wurde lediglich das Verhältnis der Zivilsachen zu den Zivilgerichten ermittelt. Es bedarf aber noch einer Distinktion; denn vor den Zivilgerichten laufen das Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses und das Verfahren außer Streitsachen selbständig nebeneinander (siehe § 14). Im Zweifel sind nun alle zivilgerichtlichen Zivilsachen Zivilprozeßsachen, weil nur die ausdrücklich dem Verfahren außer Streitsachen zugewiesenen in diesem zu verhandeln sind[15]) (§ 1 des Pat. vom 9. August 1854 Nr. 208).

Eine solche Zuweisung ist ausgeschlossen, wo ein Gesetz die Sache auf den „Rechtsweg" verweist;[16]) denn darunter ist nach der ständigen Terminologie der Zivilprozeß zu verstehen. Dagegen finden sich solche

[13]) Bernatzik S. 232 ff., dessen Ansicht jetzt durch die Textierung der §§ 190, 191 Z. P. O. unterstützt wird; eine Ausnahme normiert § 268 Z. P. O.: das freisprechende strafgerichtliche Erkenntnis bindet das Zivilgericht nicht; siehe aber auch § 539 Z. P. O.

[14]) Ullmann S. 12; Bernatzik S. 224 (der in Anm. 5 einige abweichende Entsch. des o. G. H. mit Recht ablehnt); Tezner S. 374 ff.; Nowak III. Nr. 510. Siehe auch Friedlaender in G. Z. 1897 Nr. 11.

[15]) Vergl. Pfaff-Schey Nr. 310, 927, 1070, 969; Z. E. Nr. 227; Gl. U. Nr. 16120.

[16]) Z. E. Nr. 482 (zu § 24 Forstgesetz).

ausdrückliche Zuweisungen zum Verfahren außer Streitsachen beispielsweise im kais. Pat. vom 9. August 1854 Nr. 208 für die Nachlaßabhandlung,[17]) im § 30 des Ges. vom 18. Februar 1878 Nr. 30 über die Enteigung zu Gunsten von Eisenbahnen,[18]) im Ges. vom 7. Juli 1896 Nr. 140 über das Notwegerecht.[19]) Als eine solche ausdrückliche Verweisung einer Zivilsache in das Verfahren außer Streitsachen ist es auch anzusehen, wenn ein Gesetz verordnet, es sei etwas von „Amts wegen zu erheben" (§ 97 a. b. G. B.), „ohne Gestattung eines Rechtsstreites" zu erledigen[20]) (§ 142 a. b. G. B.), es habe das Gericht etwas „ohne strenge Erforschung des Vermögensstandes .... zu bestimmen" (§ 1221 a. b. G. B.[21]); es bedürfe etwas der „Einwilligung der Gerichtsbehörde" (§ 49 a. b. G. B.); das Gericht habe „die teilnehmenden Nachbarn" — was das dem Zivilprozesse eigentümliche Prinzip des Zweiparteienverhältnisses ausschließt — einer Verhandlung zuzuziehen[22]) (§ 850 a. b. G. B.); auch ähnliche Redewendungen reichen aus, um eine solche Zuweisung in ihnen zu erblicken. Im einzelnen Falle bleiben freilich gerade wegen dieser verschiedenartigen Terminologie häufig Zweifel, deren Lösung zu Gunsten des Verfahrens außer Streitsachen nur[23]) dann zulässig ist, wenn die betreffende Zivilsache ein stärkeres als das im Zivilprozesse vorgesehene amtliche Einschreiten ihrer Natur nach dringend fordert.[24])

Ausnahmsweise hängt die Eignung einer Sache, Zivilprozeßsache zu werden, davon ab, ob zuvor ihre Durchführung im Verfahren außer Streitsachen versucht wurde; hieher gehören z. B. der (nicht anerkannte) Honoraranspruch des inländischen Advokaten und Notars[25]) für gerichtliche Parteivertretungen (Art. V Einf. Ges. zur Z. P. O.) und der Anspruch

---

[17]) Über deren Abgrenzung vom Zivilprozesse siehe z. B. Pfaff-Schey Nr. 5, 20, 113, 116, 348, 351, 405, 426, 435, 558, 810, 934, 936, 1010; Gl. U. Nr. 15708, 15814, 15817, 15841, 16029, 16084, 16097, 16132.

[18]) Pfaff-Schey Nr. 738; Gl. U. Nr. 15865.

[19]) Pfaff-Schey Nr. 770.

[20]) Gl. U. Nr. 15073.

[21]) § 1221 a. b. G. B. unterscheidet bei dieser Zuweisung nicht, ob der Dotationsanspruch vor oder nach der Eheschließung erhoben wird; Pfaff-Schey Nr. 764; a. M. Pfaff-Schey Nr. 927.

[22]) Grenzen kenntlich machen, gehört zum offiziosen Verfahren (Pfaff-Schey Nr. 293; a. M. Pfaff-Schey Nr. 1070), solche nach § 851 a. b. G. B. erneuern, zum Zivilprozesse (Pfaff-Schey Nr. 342; a. M. Pfaff-Schey Nr. 969).

[23]) Daher dem Zivilprozesse zuzuweisen: Alimentationsansprüche der Eltern gegen die Kinder (Gl. U. Nr. 15142), der außerehelichen Kinder (Gl. U. Nr. 16044; vergl. übrigens Gl. U. Nr. 15401), Ansprüche des großjährig gewordenen Mündels gegen den Vormund (Gl. U. Nr. 16120), des Ehemannes gegen die Frau wegen seines Verwaltungsrechtes (Gl. U. Nr. 15255).

[24]) So bei den Alimentationspflichten des § 91 a. b. G. B., Pfaff-Schey Nr. 208, a. M. Pfaff-Schey Nr. 1078; bei jenen des § 143 a. b. G. B., Z. E. Nr. 282; bei der Bestellung des Verwalters einer gemeinschaftlichen Sache durch den Richter, Pfaff-Schey Nr. 127; bei der Frage der Rückkehr in die eheliche Gemeinschaft, Gl. U. Nr. 14992. Siehe auch Gl. U. Nr. 16049.

[25]) Pfaff-Schey Nr. 1053.

von Konkursgläubigern, die auf Befriedigung aus der Konkursmasse Anspruch machen.[26])

III. Für die öffentlichrechtlichen Rechtssachen treten grundsätzlich nicht die Zivilgerichte ein, sondern, insoweit sie Verwaltungssachen sind, die Verwaltungsbehörden. Nur ausnahmsweise sind Verwaltungssachen den Zivilgerichten überwiesen, so ein Teil der Geschäfte der Justizverwaltung, die Syndikatsansprüche, der Schutz des Firmenrechtes u. dergl. mehr. Ohne eine solche ausdrückliche Zuweisung dürfen die Zivilgerichte über Verwaltungssachen nicht entscheiden. Die Aufteilung der den Gerichten ausdrücklich zugewiesenen Administrativsachen unter die Zivilprozeßsachen und jene des Verfahrens außer Streitsachen richtet sich dann nach den sub II entwickelten Regeln.

In kurzer, wenn auch etwas ungenauer Fassung ist das Resultat: alle nicht ausdrücklich ausgenommenen Zivilsachen und nur die ausdrücklich zugewiesenen öffentlichrechtlichen Rechtssachen sind Zivilprozeßsachen. Dieses Ergebnis bringt im wesentlichen die Zweiteilung der Rechtssachen mit jener der Behörden (in Gerichte und Verwaltungsbehörden) in Übereinstimmung und nützt also die Geschäftsfähigkeit jeder Behörde gerade für jene Entscheidungen aus, für welche sie am besten ausgebildet ist. Das ist ein ganz befriedigendes Resultat. Leider entstehen in concreto häufig Zweifel darüber, ob eine Sache Zivilprozeß- oder Verwaltungssache sei,[27]) ob sie, wie man ungenau zu sagen pflegt — ungenau deshalb, weil unter den Begriff des Rechtsweges auch das gerichtliche Exekutions- und Sicherungsverfahren fallen — auf den Rechtsweg gehöre oder nicht; darum bedarf man der Normen, nach denen das Verfahren zur Lösung solcher Zweifel sich richtet.[28])

Dieses Verfahren kann ausschließlich den Zivilgerichten oder auch einer anderen Behörde übertragen sein. Seitdem in Österreich das Problem überhaupt aufgetaucht ist, das ist seit dem Jahre 1784, ist sachgemäß das letztere geschehen; denn die erstreferierte Meinung beruht auf einer Überschätzung der Gerichte gegenüber der Verwaltung. Auch nach der auf dem Hofd. vom 23. Juni 1820, J. G. S. Nr. 1669, fußenden Praxis trat in solchen Konfliktsfällen eine gemischte Kommission von Richtern und Verwaltungsbeamten zusammen; in letzter Linie stand bei ungelösten Zweifeln die Entscheidung dem Kaiser zu. Jetzt ist die Situation anders, leider auch komplizierter und unsicherer aufzulösen. Das Gericht prüft von Amts wegen, ob eine Rechtssache eine Zivilprozeßsache sei (§ 41 J. N.); verneint es die Frage, so stellt es das Verfahren ein oder lehnt seine Einleitung ab. Bejaht es dieselbe, so prozediert es; ist die Bejahung unbegründet, so bildet das einen Nichtigkeitsgrund[29]) (§ 477 Z. 6 Z. P. O.), der im Falle des eingelegten Rechtsmittels auch, wenn dieses die Nichtigkeit nicht geltend macht, von Amts wegen durch

[26]) Pfaff-Schey Nr. 1075.

[27]) Vergl. beispielsweise Z. E. Nr. 251, 268, 277, 282, 327, 394; Pfaff-Schey Nr. 847, 861, 891, 926, 1070, 1082.

[28]) v. Lemayer, Kompetenzkonflikte (im Österr. Staatswörterb. II. S. 368 ff.).

[29]) Z. E. Nr. 150; Pfaff-Schey Nr. 655.

die höheren Gerichte wahrzunehmen ist und zur Nichtigerklärung des Verfahrens und Zurückweisung des Rechtsschutzanspruches führt (§ 478 Z. P. O.). Die Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache deckt aber den Parteien gegenüber diesen Mangel (§ 529 Z. P. O.); es ist dann in concreto von ihnen unanfechtbar eine Verwaltungssache durch die Zivilgerichte entschieden.[30]) Insoweit wäre die Situation klar und einfach. Sie kompliziert sich aber dadurch, daß den Verwaltungsbehörden eine und den Prozeßparteien eine weitere Ingerenz auf diese gerichtliche Entscheidung über die Zulässigkeit des Erkenntnisverfahrens (Rechtsweges) eingeräumt ist. Verneinen nämlich Gericht und Verwaltungsbehörde ihre Zuständigkeit (negativer Kompetenzkonflikt), so darf die Partei jederzeit, bejahen sie das Gericht und die Verwaltungsbehörde, so darf die letztere während des anhängigen Erkenntnisverfahrens[31]) das Reichsgericht um seine, in concreto die anderen Behörden bindende Entscheidung der Zuständigkeitsfrage angehen; die Verwaltungsbehörde muß jedoch zu diesem Zwecke zunächst ihre Entscheidungsgewalt den Gerichten gegenüber (fruchtlos) in Anspruch nehmen und dann binnen sechzig Tagen, von dieser Inanspruchnahme an gerechnet, jedenfalls aber vor der Rechtskraft der gerichtlichen Sachentscheidung den Antrag an das Reichsgericht stellen[32]) (Ges. vom 18. April 1869 Nr. 44; Art. VI Einf. Ges. zur J. N.). Nach der Rechtskraft der gerichtlichen Sachentscheidung kann kein Antrag an das Reichsgericht mit Wirkung gestellt werden, sondern nur (aber dafür zeitlich unbeschränkt) an den obersten Gerichtshof.[33]) Dieser hat dann das Verfahren als nichtig aufzuheben, falls wirklich keine Zivilprozeßsache vorliegt, und falls nicht in Ansehung dieses konkreten Nichtigkeitsgrundes eine noch bindende gerichtliche Entscheidung vorliegt[34]) (Ges. vom 18. April 1869 Nr. 44; Art. XI Z. 2 Einf. Ges. zur Z. P. O.; § 42 J. N.).

§ 4. Der Vollstreckungsanspruch.[1])

I. Darunter ist der Rechtsschutzanspruch auf die Herbeiführung der Befriedigung des Gläubigers durch den gerichtlichen Zwang gegen den Schuldner zu verstehen; ihm parallel läuft ein hier nicht weiter interessierender

[30]) Die rationelle Begründung dieses Satzes erfolgt bei der Lehre von der Rechtskraft; vergl. Bernatzik S. 232 ff.

[31]) Das Gesetz vom 18. April 1869 ist in dem Punkte nicht ganz klar, ob es sich auf das Erkenntnisverfahren beschränke; doch herrscht diese Meinung; siehe v. Lemayer a. a. O. S. 374.

[32]) Tezner S. 73 ff. — Das gerichtliche Verfahren ist zu unterbrechen; § 43 des Gesetzes vom 18. April 1869 Nr. 44.

[33]) Damit ist eine Kontroverse des früheren Rechtes über das Nebeneinanderbestehen des § 48 der früheren J. N. (ähnlich § 42 J. N.) und des § 12 des Gesetzes vom 18. April 1869 Nr. 44 — leider im bejahenden Sinne — entschieden; siehe über diese Kontroverse u. a. Ott in G. Z. 1889 S. 339 ff.; Spiegel in Jur. Vrtjschr. XXVII. S. 63 ff.; v. Lemayer a. a. O. S. 374.

[34]) Über die Tragweite dieser Norm siehe § 25 III; Horten S. 206 f.

[1]) Mittermaier, Der gem. deutsche bürgerl. Prozeß (1832) III. S. 153 ff.; Menger, Beiträge zur Lehre von der Exekution (Arch. f. zivil. Praxis LV. S. 371 ff., 433 ff.); Unger, System II. S. 676 ff.; Gmelin, Die Vollstreckbarkeit (1898).

Anspruch auf die Herbeiführung der Befriedigung durch den Zwang von Verwaltungsbehörden.[2]) Das Endziel ist beiden Ansprüchen gemeinsam, verschieden sind ihre Voraussetzungen und Wege.

Der Vollstreckungsanspruch verlangt wie der Urteilsanspruch drei Subjekte: zwei Parteien und das Gericht; von den Parteien heißt das berechtigte Subjekt der betreibende Gläubiger (Exekutionsführer), das passive der Verpflichtete (Exequendus, nach der früheren österreichischen Gerichtssprache mit einem falsch verwendeten Ausdruck Exekutus genannt). Der terminus „Verpflichteter" bezeichnet jedoch nicht den aus dem Vollstreckungsanspruche, sondern den aus seiner Voraussetzung, dem Exekutionstitel (§ 5) Verpflichteten, also ungenau gesprochen: den Schuldner; aus dem Vollstreckungsanspruche verpflichtet ist der Staat „als Gericht". Das Gericht vollstreckt, nicht der betreibende Gläubiger;[3]) dieser hat nur gegen das Gericht den Vollstreckungsanspruch, läßt vollstrecken. Wird ihm die Befriedigung dieses Anspruches versagt, so stehen darum dem betreibenden Gläubiger Rechtsbehelfe wider das Gericht zur Verfügung, und zwar wider die ausdrückliche Versagung der Rekurs (§ 65 E. O.), wider die Versagung durch Unterlassung, durch Untätigkeit die Beschwerde „über die Art des Exekutionsvollzuges" (§ 68 E. O.), die Aufsichtsbeschwerde (§ 78 G. O. G.) und die Syndikatsklage (§ 600 Z. P. O., siehe § 39 V).

Der Inhalt des Vollstreckungsanspruches geht dahin, daß der Staat durch sein Greifen auf Exekutionsobjekte (§ 6), das ist zunächst allgemein gesprochen auf die Person oder auf Vermögensstücke des Verpflichteten denselben mittelbar oder unmittelbar zur Erfüllung seiner Verpflichtung zwinge oder diese Erfüllung herbeiführe; er nimmt dem Verpflichteten etwa das Pfand weg, das dieser dem betreibenden Gläubiger leisten soll, und gibt es diesem, oder er pfändet beim Verpflichteten soviel Hausrat, als erforderlich (§ 27 E. O.),[4]) versteigert ihn öffentlich und gibt den Erlös dem betreibenden Gläubiger zur Befriedigung seiner Geldforderung. Welche Zwangsakte den Inhalt des Vollstreckungsanspruches bilden, ist der Gegenstand der Darstellung im IX. Abschnitte; hier ist nur eine allgemeine Charakteristik zu geben; für diese genügt es, folgendes zu sagen: die Exekutionsordnung bezeichnet wie die Vollstreckungsansprüche, so auch die Exekutionsobjekte (§ 6) und die Exekutionsmittel (§ 7), das Verhältnis dieser beiden zueinander sowie das Verhältnis der Exekutionsobjekte zu den einzelnen Exekutionstiteln (§ 6 I, 7).

In abstracto haften Person und Vermögen des Verpflichteten in Gänze für seine Verpflichtungen, und es ist grundsätzlich dem betreibenden Gläubiger anheimgegeben, wenigstens unter den Vermögensstücken zu wählen, die Exekution auf mehrere derselben auch zu kumulieren. Doch macht das Gesetz auch Ausnahmen. Für bestimmte Exekutionstitel stehen nur be-

[2]) Tezner a. a. O. S. 396 ff.

[3]) v. Schrutka, Über das Rechtsverhältnis zwischen Exekutionssucher und Exekutionsorgan (Grünhuts Zeitschr. XIII. S. 568 ff.); a. M. A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß S. 61 ff.

[4]) Vergl. Pfaff-Schey Nr. 298; Kassat. Entsch. Nr. 2510.

stimmte Exekutionsobjekte oder bestimmte in erster Linie (§ 96 E. O.) zur Verfügung; wenn also auch in abstracto jene allgemeine Haftung der Person und des Vermögens des Verpflichteten besteht, so hat dennoch der betreibende Gläubiger in concreto, für seinen einzelnen individualisierten Vollstreckungsanspruch doch keineswegs die freie Wahl unter den Exekutionsobjekten, darf z. B. zur Hereinbringung seiner Geldforderung nicht auf die Person des Verpflichteten (§§ 354, 355 E. O.), zur Durchsetzung seines Anspruches auf die Herausgabe eines bestimmten Buches nicht auf das Geld oder Haus des Verpflichteten greifen lassen (§§ 346, 368 E. O.).

Stellt der Staat auf diese Weise bestimmte, vom Parteiwillen völlig unabhängige Beziehungen zwischen den einzelnen Vollstreckungsansprüchen und den einzelnen Exekutionsobjekten auf, so stellt er — wenn auch nicht mehr expresse, wie im § 14 des Entwurfes — in ähnlicher Weise Relationen zwischen den Exekutionsobjekten und den Exekutionsmitteln her, welche auch vom Parteiwillen in dem Sinne unabhängig sind, daß auf jedes Exekutionsobjekt nur das oder die von der Exekutionsordnung normierten Exekutionsmittel Anwendung finden dürfen; nur bei Zulassung einer Mehrheit von solchen für eine bestimmte Kategorie von Exekutionsobjekten hat der betreibende Gläubiger ein Wahlrecht, kann also z. B. bei Immobilien mit der Pfändung, der Zwangsverwaltung oder der Zwangsversteigerung, bei körperlichen beweglichen Sachen aber nur mit der Pfändung beginnen.

Erschöpft sich der Inhalt des Vollstreckungsanspruches in diesen Zwangsakten, so ergibt sich konsequenterweise, daß der Staat für den Erfolg nicht einsteht; der Anspruch gegen den Staat hat nicht den Inhalt, daß der Staat befriedige, sondern daß er die Befriedigung erzwinge, herbeiführe. Schlägt eine Exekution, Zwangsvollstreckung deshalb fehl, weil beim Verpflichteten keine zulässigen Exekutionsobjekte gefunden wurden, so verantwortet das der Staat, sein Gericht nicht; es hat den Vollstreckungsanspruch erfüllt, wenn es, sei es auch ohne ein materielles Ergebnis für den betreibenden Gläubiger, ordnungsgemäß vollstreckt hat. Für die Erfüllung der materiellrechtlichen Ansprüche kommt der Staat sowenig in der Exekution (Ausnahmen: §§ 350, 367 E. O.) als im Konkurse auf; da wie dort überläßt er es der Privatwirtschaft, sich vorzusehen bei der Eingehung wie bei der Eintreibung von Schulden und sonstigen Verpflichtungen. Nur eine Rechtsordnung auf einer ganz anderen Grundlage als jene der gegenwärtigen Gesellschaftsordnung könnte anders verfahren; die jetzige vermag nicht mehr, als bei der Durchführung der Exekution möglichst dafür zu sorgen, daß die Exekutionsobjekte aufgefunden und ordnungsgemäß verwertet werden.

Diese Inhaltsbeschränkung des Vollstreckungsanspruches muß konsequenterweise dazu führen, ihn vom Urteilsanspruche hinsichtlich seiner Consumtion zu unterscheiden. Ist der Urteilsanspruch vom Gerichte befriedigt, so ist er erschöpft, und seiner neuerlichen Geltendmachung steht dieser — der Regel nach die Einrede der Rechtskraft genannte — Tat-

bestand entgegen (§ 240 Z. P. O.) und verhindert sie; das findet seine Begründung darin, daß der Prozeßsieger wie der Unterlegene mit dem Urteile schon alles erlangt haben, was sie vom Gerichte erwarten dürfen (siehe Abschnitt VI). Anders steht es beim Vollstreckungsanspruche: insolange er nicht zur materiellrechtlichen Befriedigung des betreibenden Gläubigers geführt hat, kann er zwar schon erfüllt sein, hat aber seinen Zweck, die Herbeiführung dieser materiellrechtlichen Befriedigung, nicht erreicht. Sachgemäß muß darum das Gesetz dem betreibenden Gläubiger die wiederholte Geltendmachung desselben Vollstreckungsanspruches gestatten, weil und wenn die Wiederholung nur einige Aussicht auf Erfolg bietet. Sie steht denn nach der Exekutionsordnung auch grundsätzlich frei, sogar ohne daß dem betreibenden Gläubiger schon bei dem wiederholten Geltendmachen ein Nachweis dafür auferlegt wäre, daß die Wiederholung aussichtsreich oder erfolgreich sein werde; dieser von der Praxis ohne gesetzliche Handhabe[5]) häufig geforderte Nachweis würde das Wiederholungsrecht illusorisch machen, gegen dessen immerhin möglichen Mißbrauch eine scharfe Anwendung der §§ 74, 75 E. O. hinreicht.

Nur ausnahmsweise gestattet die Exekutionsordnung die Wiederholung aus Begünstigung des Immobiliarbesitzes nicht in jeder Form sofort, sondern erst nach einer Frist (§§ 151, 193, 200 Z. 3 E. O.); sonst ist sie innerhalb der Verjährungszeit jederzeit zulässig, und zwar sowohl als direkte Wiederholung des ersten fehlgegangenen Versuches auf dieselben oder gleichartige Exekutionsobjekte (z. B. körperliche bewegliche Sachen) und mit denselben Exekutionsmitteln oder unter Variation derselben. Die Verjährungszeit des Vollstreckungsanspruches beträgt bei materiellrechtlichen Ansprüchen, die pro praeterito zugesprochen sind, dreißig Jahre[6]) (Vdg. vom 21. Juli 1858 Nr. 105; § 1480 a. b. G. B.) und richtet sich bei solchen, pro futuro zugesprochenen Ansprüchen nach den Normen des bürgerlichen Rechtes. Ihre Unterbrechung durch den betreibenden Gläubiger geschieht im Sinne des § 1497 a. b. G. B. durch die erneute Stellung des Exekutionsbewilligungsantrages und durch die gehörige Exekutionsfortsetzung; der Antrag auf Bewilligung allein genügt noch nicht,[7]) da es dann an dem Erfordernisse der gehörigen Prozeßfortsetzung des § 1497 a. b. G. B. fehlen würde. Andererseits wird man doch nicht, wie beim Urteilsanspruche, fordern dürfen, daß die Exekution jedenfalls bis zu ihrem Ende geführt werden müsse, damit die Verjährung unterbrochen sei; denn das hieße die verschiedenen Zwecke des Urteils- und des Vollstreckungsanspruches

[5]) Die häufig angerufene des § 55 Abs. 2 E. O. versagt, da darnach auch beim ersten Exekutionsantrage der Gläubiger beweisen müßte, daß der Verpflichtete Exekutionsobjekte hat; § 55 E. O. beweist zu viel, also nichts; siehe § 51. — Zweifelnd Neumann, Komm. II. S. 86: der Gläubiger müsse im Gesuche „ausführen", warum er eine neue Exekution beantrage.

[6]) Ausnahme: der Zahlungsbefehl des Mahnverfahrens ist binnen sechs Monaten präkludiert (§ 16 des Mahnverfahrens); nach der Struktur des Mahnverfahrens und der Tendenz seines zitierten § 16 wird man schon wegen des § 1501 a. b. G. B. in dieser Frist keine Verjährungsfrist sehen können.

[7]) A. M. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I. S. 458; Burckhard II. S. 631; Pfaff-Schey Nr. 922.

übersehen, somit Ungleichartiges gleich behandeln. Die Analogie des § 1497 kann vielmehr nur dazu führen, die Exekutionsfortsetzung bis zur möglichen Befriedigung des betreibenden Gläubigers, beziehungsweise bis zu dem Punkte zu fordern, in welchem sich die Aussichtslosigkeit der auch nur teilweisen Befriedigung des betreibenden Gläubigers ergibt.

II. Die Rechtsschutzbedingungen des Vollstreckungsanspruches sind: ein vollstreckbarer Exekutionstitel[8]) (§ 5), der noch nicht erloschen ist, der also noch im materiellrechtlichen Sinne des Wortes fortbesteht (§§ 35, 36, 39 E. O.; § 1501 a. b. G. B.); ein Exekutionsbewilligungsantrag[9]) (§ 55 E. O.; siehe § 76); zulässige Exekutionsmittel (§ 7).

Der Mangel des Exekutionstitels ist zwar wie jede Rechtsschutzbedingung bei der Prüfung des Exekutionsantrages von Amts wegen zu wahren, dagegen arg. § 39 Abs. 2 E. O. in der Folge nur auf Antrag; sein Erlöschen ist nur auf Antrag zu beachten (§§ 35, 36, 39 E. O.; § 1501 a. b. G. B.; Ausnahme: § 16 Mahnverfahren). Das Fehlen des Exekutionsantrages ist in gleicher Weise wie jenes des Titels zu beachten (Analogie des § 39 Z. 6 E. O.), die Unzulässigkeit des Exekutionsmittels (Perplexität des Verfahrens)[10]) dagegen stets von Amts wegen. „Stets", das heißt bis zur erfolgten Verwertung des in Exekution gezogenen Objektes (§ 367 a. b. G. B.).

Das Verhältnis des Vollstreckungsanspruches zum materiellen Rechte und zum Urteilsanspruche ist folgendes: Dem Gedanken nach soll dem Vollstreckungsanspruche ein Leistungsbefehl zugrunde liegen, sei es des Gerichtes, sei es einer anderen Behörde oder eines öffentlichen Organes oder selbst einer Privatperson. Der Vollstreckungsanspruch ist demnach ein sekundäres Gebilde, wie zwar nicht jeder Urteilsanspruch (siehe die negative Feststellungsklage), aber doch der Leistungsanspruch. Aber das Gesetz knüpft den Vollstreckungsanspruch nicht an den befriedigungsbedürftigen Leistungsanspruch und auch nicht an den Leistungsbefehl, sondern an den Exekutionstitel (§§ 1, 2, 79 E. O.; siehe § 5 I), das heißt an gewisse, der überwiegenden Regel nach beurkundete Tatbestände, welche prima facie den Leistungsbefehl enthalten. Der Unterschied zwischen der gedanklichen Grundlage des Vollstreckungsanspruches und seiner gesetzlichen Fundierung liegt darnach darin, daß der Exekutionstitel den Leistungsbefehl nicht bloß nachweist, sondern daß nur er den Leistungsbefehl nachzuweisen vermag, dafür aber zu solchem Nachweise ausreicht. Ist z. B. ein Urteil verloren gegangen, so vermag der Nachweis seiner Fällung keinen Urteilsanspruch zu begründen, sondern nur seine neuerliche Ausfertigung; andererseits obliegt bei keinem Exekutionstitel dem betreibenden Gläubiger noch ein Nachweis, daß sein materiellrechtlicher Anspruch noch unbefriedigt sei (§ 3 E. O.).

---

[8]) v. Schrutka, Praktische Fragen S. 72 ff.

[9]) Ausnahmen: § 118 E. O. und der durch Art. XIII Z. 3 Einf. Ges. zur E. O. aufrechterhaltene § 19 des kais. Pat. vom 9. August 1854 Nr. 208.

[10]) Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 38 ff.

Es ist klar, daß bei dieser Regelung sich Differenzen zwischen der wahren Rechtslage und den Voraussetzungen des Vollstreckungsanspruches ergeben können; der betreibende Gläubiger bekommt etwa keine Exekutionsbewilligung, obwohl er nicht bezahlt ist; oder er bekommt sie, trotzdem er es ist. Diese Differenzen erklären sich aus der Prozeßökonomie und der Notwendigkeit, für die Exekutionseinleitung sinnfällige, einfach festzustellende Grundlagen zu schaffen, wie sie eben die Exekutionstitel bieten. Fehlen sie, so ist u. a. das Erkenntnisverfahren da, um sie zu schaffen; sind sie vorhanden, so darf ein Gesetz vor dem Exekutionsbeginne ihre Nachprüfung nicht fordern, will es nicht in den meisten Fällen Überflüssiges tun und in allen Fällen den Erfolg der Exekution dadurch gefährden, daß man den Verpflichteten schon von der drohenden Exekution in Kenntnis setzt. Die Exekutionsordnung hat darum die Auflösung solcher Differenzen grundsätzlich, wenn auch nicht ausnahmslos (§ 40 E. O.), aus dem Exekutionsverfahren hinaus und in besondere Erkenntnisverfahren verwiesen, sei es, daß in diesen der Gläubiger sich seinen Exekutionstitel ergänzt (§ 10 E. O.), sei es, daß der Verpflichtete den Nichtbestand desselben feststellen läßt (§§ 35, 36, 39 E. O.).

III. Als betreibender Gläubiger vermag jede physische und jede juristische Person aufzutreten, also auch der Staat, um in der üblichen Terminologie zu reden: der Staat „als Fiskus“ und der Staat „als Gericht“ (§ 118 E. O.; § 19 Abs. 3 des kais. Pat. vom 9. August 1854 Nr. 208). Wer Partei im Erkenntnisverfahren zu sein vermag, der vermag auch betreibender Gläubiger zu sein. Hier besteht denn auch kein Streit.

Die Literatur,[11]) soweit sie sich ausgesprochen hat, ist auch ganz konsequent und darüber einig, wer im Exekutionsverfahren Verpflichteter zu sein vermöge. Streit besteht dagegen in der Praxis. Die Exekutionsordnung selbst sagt es ebensowenig ausdrücklich, als sie dies für den betreibenden Gläubiger tut, und als die Zivilprozeßordnung die Parteifähigkeit festsetzt. Im allgemeinen wird man, insolange keine Norm entgegensteht, annehmen können, daß jener, welcher siegen kann, auch unterliegen dürfe, und daß jener, der das Exekutionsverfahren für sich in Anspruch nehmen darf, es auch wider sich müsse gelten lassen. Damit stimmt überein, daß § 1 E. O. nicht unterscheidet, gegen wen der Exekutionstitel sich richtet, ob gegen einen Privaten oder gegen den Staat. Darnach ist für den Staat die Exekutionsunterworfenheit für Vollstreckungsansprüche gegeben. Die Praxis zieht diesen Schluß nicht, zieht vielmehr die Fähigkeit des Staates, Verpflichteter zu sein, seine Exekutionsunterworfenheit in Zweifel, obwohl auch ihr dessen Parteifähigkeit im Erkenntnisverfahren unzweifelhaft ist (§ 74 J. N.; § 1 Gew. Ger. Ges.).

---

[11]) v. Canstein, Lehrb. des (früheren) österr. Zivilprozeßrechtes (2. Aufl.) II. S. 512; Langrod in Jur. Bl. 1902 Nr. 30; Petschek a. a. O. S. 451. R. Pollak, Exekution zivilgerichtlicher Befehle gegen den Staat (in Grünhuts Zeitschr. XXX.). Keine entgegengesetzte Äußerung der Literatur liegt vor; Neumann, Komm. II. S. 92 f. konstatiert lediglich die Praxis.

Wiederholt wurden die Gerichte angerufen, um auf Geldleistung lautende Exekutionstitel gegen den Staat zu vollstrecken; aber nur ausnahmsweise haben sie den Vollstreckungsanspruch anerkannt,[12]) der Regel nach haben sie die Vollstreckung gegen den Staat abgelehnt,[13]) und in jüngster Zeit ist der Rechtssatz in das Spr. Rep. Nr. 173 eingetragen worden: „Die Bestimmungen des ersten Teiles zweiter Abschnitt der Exekutionsordnung, betreffend die Exekution wegen Geldforderungen gegen den Staat, finden keine Anwendung, wenn ein dem Gläubiger gegen das Ärar zuerkannter Geldbetrag in der urteilsmäßigen Frist nicht zur Behebung angewiesen wurde"; zum Verständnisse desselben ist hinzuzufügen, daß die Staatskassen nur auf Anweisung ihrer vorgesetzten Behörde — — als welche das Gericht in der Regel nicht gelten kann — und nur gegen eine ordnungsmäßige Quittung Zahlungen leisten dürfen,[14]) und daß nach dem gegenwärtigen Stande der Dinge die Staatsschulden als Holschulden gelten müssen. Dieser Standpunkt der Praxis, diese Verneinung der Anwendbarkeit der Exekutionsordnung gegen den Staat ist nicht zu billigen. Um dieses an sich nicht selbstverständliche Resultat — es könnte ja sein, daß der Staat sich dem Erkenntnis-, aber nicht dem Exekutionsverfahren unterwerfen will — festzustellen, sei folgendes bemerkt:

Daß die Frage in der Exekutionsordnung nicht übersehen wurde, muß als zweifellos gelten; war sie doch mindestens neunmal schon dem obersten Gerichtshofe vorgelegt worden, war sie doch im § 15 Z. 4 Einf. Ges. zur dtsch. Z. P. O. und in einer Reihe deutscher Landesgesetze (für Württemberg am 18. August 1879, für Bayern am 23. Februar 1879, für Preußen schon in den §§ 33 I. 35 A. G. O.) aufgeworfen und beantwortet, und war sie doch auch Gegenstand der Verhandlung im Ausschusse des Abgeordnetenhauses. Daß die Frage nicht berührt werden sollte, ist darnach die nächstliegende Auslegung dieses Schweigens, welches vom Standpunkte des Spr. Rep. Nr. 173 aus sich nicht rechtfertigen läßt, und sie führt zu der oben aus § 1 E. O. gezogenen Konsequenz, daß Verpflichteter im Exekutionsverfahren zu sein vermag, wer die Parteifähigkeit besitzt, also auch der Staat. Diese Regelung ist gewiß zu billigen. Was hätte es denn für einen erheblichen Vorteil, den Staat vor Gericht verklagen zu können, wenn man ihn nicht im gerichtlichen Exekutionsverfahren zur Erfüllung der Urteile zu zwingen vermag, wenn es also (an eine administrative Exekution ist nach den österreichischen Gesetzen nicht zu denken) in des Staates Ermessen gestellt ist, ob und wann er dem Urteile Gehorsam leisten will? Der Staat nähme dann mit der einen Hand, was er mit der anderen gegeben,

---

[12]) Gl. U. Nr. 6716 (auf Immobilien); Pfaff-Schey Nr. 1190 (auf Kassenbestände der Staatseisenbahnen).

[13]) Gl. U. Nr. 424, 9483, 9613, 11526, 12805, 14167, 15812; Pfaff-Schey Nr. 1114, 1222.

[14]) Siehe die Vorschriften bei v. Hankiewicz, Zusammenstellung der für die Kassenmanipulation und das Dienstverhältnis der Kassenbeamten im allgemeinen zu beobachtenden Vorschriften (1889) S. 4; summarischer in Mayrhofers Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst (5. Aufl.) I. S. 593 ff.

wenn er sich zwar dem Erkenntnis-, aber nicht dem Exekutionsverfahren unterwürfe. Die Finanzprokuratur hat freilich in Gl. U. Nr. 6176 gemeint: „Die Exekution ... sei gegen den Staat als Schuldner nicht verwendbar, weil der Gesetzgeber bei der Aufstellung dieses Zwangsmittels nicht voraussetzen konnte, noch voraussetzte, daß ein gut organisierter Staat die Entscheidung der eigenen Gerichte nicht respektieren und die Erfüllung derselben verweigern werde." Allein zunächst ist damit zu viel bewiesen, denn die Zulassung der Exekution hindert den Staat nicht an der freiwilligen Erfüllung; dann spricht aber auch die Erfahrung zu lebhaft gegen die Hoffnung auf diese freiwillige Erfüllung, da nur in zwei[15]) von den publizierten zwölf Fällen der Staat rechtzeitig die Kassenanweisung erteilt, somit in zehn Fällen „die Entscheidung der eigenen Gerichte nicht respektiert" hatte; endlich konnte vielleicht dem Gesetzgeber der allgemeinen Gerichtsordnung von 1781 ein Übersehen des Problems zugemutet werden, nicht aber darf man dies jenem der Exekutionsordnung zumuten. Das Ergebnis bleibt also, daß der Staat aus Vollstreckungsansprüchen Verpflichteter sein kann.

Das hier gewonnene Ergebnis wird nun noch gerade durch die Gründe verstärkt, welche die Praxis für ihre Auffassung beibringt. Es sind, vollständig aufgezählt, folgende: §§ 290, 1441 a. b. G. B.; das Hofd. vom 21. September 1798, J. G. S. Nr. 434;[16]) § 18 Syndikatsgesetz; Art. VII Einf. Ges. zur E. O.; Art. IX Z. 5 Einf. Ges. zur E. O.; Art. I Einf. Ges. zur E. O.; Art. IV Einf. Ges. zur E. O.; §§ 15, 28, 290 E. O.; endlich der sich sehr häufig erneuernde Hinweis auf die Vorschriften über das staatliche Kassenwesen. Keines dieser Argumente ist stichhältig; der oberste Gerichtshof hat denn auch selbst von ihnen im Spruch-Rep. Nr. 173 die §§ 290, 1441 a. b. G. B., das in schwer erklärbarer Weise in die Gründe zweier nach dem früheren Prozeßrechte ergangenen Entscheidungen[17]) geratene Hofd. vom 21. September 1798, J. G. S. Nr. 434, den § 18 Syndikatsgesetz und den Art. VII Einf. Ges. zur E. O. fallen lassen, und es ist schon darum kein Grund, sich weiter mit ihnen zu befassen. Aber auch den verbleibenden Gründen kommt keine Beweiskraft für die Ansicht der Praxis zu. Der Gedankengang des Spruch-Rep. Nr. 173 kann etwa folgendermaßen wiedergegeben werden: öffentliche Interessen verbieten es, daß Exekution gegen den Staat wegen Geldforderungen geführt werde; denn die Kassengelder haben ihre Bestimmung, und es würde die Führung der Staatsgeschäfte stören, wenn sie auf Grund einer Exekution bestimmungswidrig verwendet würden; diese „höchsten Interessen, und zwar die Interessen des Staates" könne die Exekutionsordnung „dem Privatinteresse des einzelnen Gläubigers

[15]) Gl. U. Nr. 11526; Pfaff-Schey Nr. 1222.

[16]) Dieses, übrigens längst durch die Grundbuchsgesetzgebung aufgehobene Hofdekret besagt, daß bei grundbücherlichen Eintragungen — nicht bloß exekutiver Art — auf Staatsgüter stets eine bestimmte Verwaltungsbehörde zu verständigen sei, damit Schade für den Staat vermieden werde. Was hat das mit der Exekutionsfreiheit des Staates zu tun?

[17]) Gl. U. Nr. 9513, 15812.

nicht preisgegeben haben, zumal diese Preisgebung ... deshalb erfolgt sein würde, damit der Gläubiger ... seine Befriedigung ... sofort und unter Nichtbeachtung der ... Geldgebarungs- und Kassenvorschriften erlange ..." Nun habe die Exekutionsordnung in den §§ 15, 28 und ihr Einführungsgesetz in den Art. IV, IX Z. 5 bei analogen Situationen die Exekution untersagt, und darum sei sie auch gegen den Staat untersagt.

Der ganze Gedankengang ist de lege ferenda zwar nicht billigenswert, aber diskutabel; aber für das geltende österreichische Recht wird er durch die für ihn herangezogenen Normen nicht gestützt. Denn daß Art. IV Einf. Ges. zur E. O. in diesem Zusammenhange nichts zu tun hat, ist klar; er spricht ja von Erleichterungen der Exekution für gewisse — dazu noch private — betreibende Gläubiger, während wir es hier mit ihrer Verhinderung gegen einen Verpflichteten zu tun haben. Daß die §§ 15, 28 E. O. den Spruch nicht stützen, ergibt sich zwingend daraus, daß sie überhaupt keine Exekutionsbefreiung der Gemeinden (§ 15 E. O.) und Verkehrsunternehmungen (§ 28 E. O.) normieren, sondern nur Exekutionsbeschränkungen (siehe § 6 III 3); so wenig man etwa sagen kann, gegen einen Staatsbeamten finde die Exekutionsordnung keine Anwendung, weil seine Dienstesbezüge zum Teil exekutionsfrei sind, ebensowenig kann man dies auf Grund des § 15 E. O. von einer Gemeinde sagen, und damit fällt die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 15 E. O. im Sinne des Spr. Rep. Nr. 173. Auch Art. IX Z. 5 Einf. Ges. zur E. O. endlich trifft unseren Fall nicht, denn da ist der Staat nicht Verpflichteter, sondern Drittschuldner. Es bleibt also von den Gründen des Spr. Rep. Nr. 173 nur noch einer zu erwägen, nämlich der auch sonst in den Entscheidungen häufige Hinweis auf die Kassenvorschriften. Ein Zitat bestimmter Kassenvorschriften findet sich in den Entscheidungen nicht, und so bleibt nur übrig, unter Hinweis auf das in Anm. 12 zitierte Werk festzustellen, daß keine einzige von ihnen sich mit der Exekution befaßt, daß sie vielmehr lediglich das Verhältnis der Kasse zu ihrer vorgesetzten Behörde und, was das Publikum betrifft, nur die Form der Auszahlung regeln: die Kasse darf nur auf Anweisung und gegen Quittung zahlen. Das nun berührt das hier erörterte Problem nicht. Denn nicht die Kasse ist zur Leistung verurteilt, nicht die Kasse, sondern der Staat ist die Prozeßpartei, ist der Verpflichtete; und wie sich intern der Fiskus das Geld beschafft, das geht darnach den Prozeßgegner nichts an. Daß die Staatsgeschäfte etwa einmal gestört werden können, wenn eine Kasse knapp mit Geld versehen ist, und wenn gerade auf ihre Bestände Exekution geführt wird, ist zwar unwahrscheinlich, aber als möglich zuzugeben. Allein daraus würde vor allem doch nur folgen, daß die Kassenbestände, nicht, daß der Staat exekutionsfrei sein müsse; und auch das erstere ist nicht richtig, denn die Nichtbezahlung einer urteilsmäßig festgestellten Schuld ist in dem gleichen Maße eine Störung der Staatsgeschäfte wie der Abgang des in Exekution gezogenen Geldes für andere Zwecke. Und was hindert den Staat, rechtzeitig die Kasse zur Zahlung anzuweisen und hievon rechtzeitig die Partei zu verständigen?

Der Staat unterliegt also für Vollstreckungsansprüche der Exekutionsordnung wie eine andere Person; nur hat er auf Grund der mehrfach zitierten Kassenvorschriften seiner urteilsmäßigen oder durch einen anderen Exekutionstitel bekundeten Leistungsverpflichtung bei Geldzahlungen dann entsprochen, wenn er innerhalb der Erfüllungsfrist die Kasse anweist, zu zahlen, und hievon den Gläubiger verständigt; in moram gerät er darum nur, wenn die Kasse dann nicht zahlt.

IV. Wer in concreto betreibender Gläubiger oder Verpflichteter ist, das stellt der Exekutionstitel fest (§ 9 E. O.); für und wider andere Personen besteht der Vollstreckungsanspruch aus diesem Titel nicht, sondern es muß ein neues Erkenntnisverfahren zur urteilsmäßigen Feststellung der Tatsache durchgeführt werden, ob der Exekutionstitel für oder wider eine andere Person wirksam sei (siehe § 5 I). Hievon besteht eine nur scheinbare Ausnahme für und wider die persönlich haftenden Gesellschafter offener Handelsgesellschaften oder Kommanditgesellschaften: sind sie es im Zeitpunkte der Exekutionsführung noch, so muß nur diese Qualität durch Registerauszug festgestellt sein, damit der Titel unmittelbar wirksam sei; sind sie es nicht mehr, so bedarf es, falls sie Verpflichtete sind, keines Erkenntnisverfahrens, sondern nur ihrer Einvernehmung über die Haftungsfrage[18]) (§ 11 E. O.; siehe § 31). Eine wahre Ausnahme von der Regel des § 9 E. O. besteht für und wider Rechtsnachfolger, deren Rechtsnachfolge durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden[19]) nachgewiesen ist: da wirkt der Exekutionstitel des Rechtsvorgängers unmittelbar, ohne Einvernehmung oder Erkenntnisverfahren[20]) (§ 9 E. O.).

V. Zur Durchsetzung der Vollstreckungsansprüche ist das Exekutionsverfahren bestimmt, welches seine Regelung im wesentlichen in der Exekutionsordnung gefunden hat. Das Exekutionsverfahren dient nebst der Durchsetzung von Vollstreckungsansprüchen auch noch der Durchsetzung gerichtlicher Befehle, denen keine oder keine zivilprozessualen Vollstreckungsansprüche entsprechen.

§ 5. Die Exekutionstitel.[1])

I. Der Vollstreckungsanspruch besteht auf Grund vollstreckbarer Exekutionstitel; fehlt der Exekutionstitel, so besteht jener Anspruch nicht,[2]) fehlt die Vollstreckbarkeit, so besteht er derzeit nicht.

Exekutionstitel nennt man den Tatbestand, an welchen sich ein Vollstreckungsanspruch knüpft, aber auch die Urkunde, welche ihn (in der

[18]) Dem Verpflichteten steht hier auch noch die Klage nach § 36 Z. 2 E. O. frei, die ihm aber die Beweislast auferlegt.

[19]) Notariatsakt ist nie erforderlich; v. Schrutka, Praktische Fragen S. 77 f.; zweifelnd Bartsch, Grundbuchsgesetz (3. Aufl.) S. 330.

[20]) Z. E. Nr. 116, 235, 349; Pfaff-Schey Nr. 466, 506, 621, 652, 674.

[1]) Neumann, E. O. S. 35 ff., Komm. II. S. 5—39; Fellner-Ohmeyer, Die österr. E. O. vom 27. Mai 1896 in der Spruchpraxis Nr. 29 b—36 a, 39; Wach, Vorträge (2. Aufl.) S. 300 ff.; Gmelin, Vollstreckbarkeit S. 43 ff.

[2]) Neumann, Komm. II. S. 7; a. M. Z. E. Nr. 471, deren Gründe aber weder vom Rechtsstandpunkte noch von jenem der Billigkeit überzeugen.

Regel) verkörpert. Diese Doppelbedeutung hat ihren Grund in der wenigstens regelmäßig notwendigen Vereinigung beider Elemente (Tatbestand und Urkunde), damit ein Exekutionstitel entstehe.

Welche Tatbestände einen Exekutionstitel für das Gericht zu begründen vermögen, kann nicht aprioristisch, sondern nur auf der Grundlage des positiven Rechtes gesagt werden; die einzelnen Rechtssysteme, selbst so nahe verwandte als das österreichische und deutsche,[3]) gehen da erheblich auseinander. Nur das kann als allgemeines Kriterium hervorgehoben werden, daß diese Tatbestände Ansprüche sein müssen, und zwar solche, welche der Verpflichtete selbst zu erfüllen vermag; denn nur dann kann das Gericht ihn zur Erfüllung zwingen. Alles andere ist dem positiven Rechte zu entnehmen. Nach dem österreichischen fallen Zivilprozeßsache und Vollstreckungssache,[4]) Urteilsanspruch und Vollstreckungsanspruch durchaus nicht zusammen, bedecken vielmehr den Raum einander durchschneidender Kreise. Von den Urteilsansprüchen vermögen nur jene einen Vollstreckungsanspruch zu begründen, welche einen Leistungsbefehl an den Verpflichteten aussprechen, und zwar einen solchen zu einer materiellrechtlichen Leistung (siehe II a), so daß z. B. Feststellungs- und Rechtsgestaltungsurteile ausscheiden; andererseits gewähren zahlreiche Tatbestände des öffentlichen Rechtes Vollstreckungsansprüche, ohne je Urteilsansprüche zur Folge zu haben, und es gibt auch privatrechtliche Tatbestände (siehe II e), bei denen der Vollstreckungsanspruch nicht vom Urteilsanspruche abhängt. Im allgemeinen hat die österreichische Gesetzgebung die begründete Neigung, das Gebiet der gerichtlichen auf Kosten der administrativen Exekution auszudehnen, somit die Zahl der Vollstreckungsansprüche zu vermehren. Immerhin ist die Zulässigkeit des Rechtsweges auch hier zu wahren, und zwar während des Exekutionsverfahrens als Nichtigkeitsgrund (§ 477 Z. 6 Z. P. O.), nach dem rechtskräftigen Abschlusse des Verfahrens auf Antrag der obersten Administrativbehörde durch den obersten Gerichtshof[5]) (§ 42 Abs. 2 J. N.); eine Anrufung des Reichsgerichtes hat trotz der nicht ganz klaren Textierung der §§ 12, 13 des Ges. vom 18. April 1869 Nr. 44 nicht statt, wenn das Gericht seine Zuständigkeit zur Vollstreckung bejaht hat.

Ohneweiters ist klar, daß die Tatbestände eines Vollstreckungsanspruches sich dem Gerichte anders präsentieren müssen als jene eines Urteilsanspruches, und zwar auch dort, wo die Kreise beider Ansprüche zusammenfallen (siehe § 4 III). Denn das Erkenntnisverfahren gelangt in der Regel erst nach dem beiderseitigen Gehör der Parteien zur Entscheidung darüber, ob der Urteilsanspruch bestehe; das Exekutionsverfahren muß dagegen zweckmäßigerweise auf dieses antizipierte Gehör in der Regel verzichten (§§ 3, 83 E. O.), soll der Verpflichtete nicht geradezu

[3]) Siehe §§ 704, 794 dtsch. Z. P. O.; Wach, Vorträge S. 301 ff.

[4]) Der terminus ist ungebräuchlich, da er leicht mit „Vollstreckungsobjekt", Exekutionsobjekt verwechselt werden könnte.

[5]) Horten S. 205 f. bezieht den § 42 J. N. anscheinend nicht auf das Exekutionsverfahren, wozu jedoch das Gesetz keine Handhabe gibt.

zur Exekutionsvereitlung gedrängt werden. Der Vollstreckungsanspruch muß darum in solcher Form geboten werden, daß das Gericht ohne Zweifel über Tatsachen und ohne weitere Parteieneinvernehmung darüber entscheiden könne, ob er bestehe oder nicht. Daraus folgt zunächst, daß der den Exekutionstitel bildende Tatbestand sich schon in der Form von abstrakten Leistungsbefehlen oder Leistungsverpflichtungen darbieten muß, so, wie er vollstreckt werden soll; ferner aber, daß er sich in einer glaubwürdigen Form dem Gerichte darzustellen hat, damit dem Gerichte kein Zweifel an der Richtigkeit des Leistungsanspruches bleibe: da hier das Exekutionsverfahren auf die Beseitigung von Zweifeln in Tatsachen nicht zugeschnitten sein soll, müssen sie von vorneherein behoben sein. Diese glaubwürdige Form findet das Gesetz in der überwiegenden Zahl der Fälle in der öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde (§ 1 E. O.) und schreibt sie darum für die meisten Exekutionstitel als Solennitätsform, also als durch keinen anderen Beweis ihrer Existenz zu ersetzende Form vor;[6]) nur ausnahmsweise (siehe IIe) wird von dieser Schriftform abgegangen.

Die Vollstreckbarkeit[7]) des Vollstreckungsanspruches (oder, wie gewöhnlich gesagt wird: des Exekutionstitels) bedeutet seine Exekutionsreife; so wie eine actio nata, so muß ein Vollstreckungsanspruch vollstreckbar sein, um zur günstigen gerichtlichen Entscheidung zu führen. In der Regel ist die Exekutionsreife davon abhängig, daß wider den Titel kein die Vollstreckbarkeit hemmendes Rechtsmittel (wie es bei gerichtlichen Exekutionstiteln stets die Berufung, in der Regel die Revision, bisweilen der Rekurs u. s. f. ist) mehr zulässig ist; überdies sind die meisten Exekutionstitel betagt, gewähren dem Verpflichteten eine Leistungsfrist (Paritionsfrist), deren Ablauf sich der Regel nach aus dem Kalender ergibt (§§ 409, 573[8]) Z. P. O.; § 7 E. O.), ausnahmsweise durch öffentliche Urkunden nachzuweisen ist (§ 7 E. O.); insbesondere gewähren alle gerichtlichen Leistungsbefehle erster oder höherer Instanz (§§ 463, 513 Z. P. O.) eine solche Leistungsfrist, also auch dort, wo sie dem Verpflichteten nach dem materiellen Rechte nicht mehr zustünde: diese, dem gemeinen Rechte entnommene, dem deutschen Zivilprozeßrechte fremde Einrichtung der gerichtlichen Paritionsfristen[9]) soll dem Umstande Rechnung tragen, daß der Verpflichtete bisweilen den ihm ungünstigen Inhalt des gerichtlichen Leistungsbefehles nicht vorhersehen konnte. Bisweilen enthalten die Exekutionstitel einen alternativen Befehl; dann hat auch beim Wahl-

---

[6]) Über die Wirkungen einer Exekutionsbewilligung ohne Exekutionstitel siehe § 4 II; zu weit geht Neumann, Komm. II. S. 7, der die Nichtigkeit des Verfahrens behauptet.

[7]) Gmelin S. 23 ff. nennt dies die formelle Vollstreckbarkeit.

[8]) Die hier genannten Exekutionstitel betreffen den Bestandvertrag; lauten sie einfach auf Aufkündigung, Räumung, so kann nicht vor Ablauf der Paritionsfrist eine teilweise Räumung verlangt werden (§ 573 Abs. 6 E. O.; a. M. Neumann, Komm. II. S. 17); ist eine solche in Aussicht genommen, so muß (und kann) der Exekutionstitel entsprechend formuliert werden.

[9]) Skedl, Das Mahnverfahren; R. Pollak, Die systematische Stellung des Mahnverfahrens (in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XIX. S. 126 ff.); Spitzer, Richterliche Stundung (1901).

rechte des Verpflichteten provisorisch der betreibende Gläubiger zu wählen (§§ 12, 39 Z. 7 E. O.). Bisweilen sind die Exekutionstitel (suspensiv) bedingt; dann muß der Eintritt der Bedingung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden (§ 7 E. O.); stehen solche als Beweismittel nicht zur Verfügung, so bleibt nur übrig,[10]) auf Feststellung der Erfüllung der Bedingung behufs Ermöglichung der „Bewilligung der Exekution" zu klagen (§ 10 E. O.) und sich hiedurch zwar nicht einen zweiten Exekutionstitel,[11]) aber das Urteil als Urkunde zu verschaffen. Als Bedingung im Sinne der Exekutionsordnung ist es übrigens nicht anzusehen, wenn die Leistung des Verpflichteten von einer Zug um Zug erfolgenden Gegenleistung des betreibenden Gläubigers abhängt (§§ 8, 39 Z. 7 E. O.).

Ausnahmsweise weist der Exekutionstitel seine Vollstreckbarkeit selbst nach.

In keinem Falle hängt der Vollstreckungsanspruch von dem Nachweise oder gar urkundlichen Nachweise dafür ab, daß der Verpflichtete seiner Leistungspflicht noch nicht entsprochen habe; hiefür genügt die Behauptung des betreibenden Gläubigers.[12]) Das ergibt sich trotz des anscheinend entgegenstehenden Wortlautes des § 55 Abs. 2 E. O. daraus, daß der die erfolgte Tilgung behauptende Verpflichtete auf den Klageweg verwiesen ist (§ 35 E. O.; siehe auch § 4 I).

II. Die Exekutionstitel zerfallen in solche des Gerichtes, anderer Behörden, öffentlicher Organe, der Schiedsgerichte und Schiedsrichter und in private Exekutionstitel.

a) Gerichtliche Exekutionstitel bestehen in Entscheidungen und Beurkundungen. Stammen sie von österreichischen (ordentlichen oder Sonder-) oder von den österreichisch-ungarischen Konsulatsgerichten (siehe § 45), so sind sie ohneweiters, stammen sie von anderen nichtösterreichischen Gerichten, so sind sie nur auf Grund völkerrechtlicher Einigung oder sonst nach Maßgabe der §§ 79 ff. E. O. Exekutionstitel (siehe § 44).

Die gerichtlichen Entscheidungen sind Urteile,[13]) Beschlüsse und Bescheide (§ 1 Z. 1 E. O.), Zahlungsaufträge und Zahlungsbefehle, Zwangsausgleiche und Verfügungen, wenn sie einen an den Verpflichteten gerichteten[14]) Leistungsbefehl privatrechtlichen Inhaltes (wozu auch die Befehle zur Tragung von Vertretungs- und Prozeßkosten gehören) oder einen der wenigen Befehle zu Leistungen publizistischen Inhaltes enthalten, welche dem Erkenntnisverfahren zugewiesen sind; ob die Entscheidung von einem Zivil- oder einem Strafgerichte herrührt, im Ver-

[10]) O. G. H. vom 1. Dezember 1900 bei Fellner-Ohmeyer Nr. 42; Ausnahmen siehe bei Neumann, E. O. S. 36 ff.

[11]) A. M. Neumann, Komm. II. S. 71; v. Fürstl II. S. 41.

[12]) Z. E. Nr. 190; Fellner-Ohmeyer Nr. 40.

[13]) „Endurteile" sagt das Gesetz, wozu arg. § 392 Z. P. O. auch Teilurteile, arg. § 393 Abs. 3 Z. P. O. nicht die Zwischenurteile zu zählen sind.

[14]) Die Einantwortungsurkunde ist darum kein Vollstreckungstitel (Gl. U. Nr. 9996, 13530), wohl aber der Befehl zur Einräumung eines Notweges (§§ 9, 26 des Ges. vom 7. Juli 1896 Nr. 140).

fahren in oder in jenem außer Streitsachen[15]) (siehe § 14) gefällt ist, ist irrelevant. Dagegen wird dieser Unterschied wichtig, wenn es sich um öffentlichrechtliche Leistungen handelt; da sind nicht einmal alle Leistungsbefehle erzwingbar[16]) (siehe § 183 Z. 1 Z. P. O.), aber auch nicht alle erzwingbaren vollstreckbar. Der gerichtlichen Zwangsvollstreckung im Sinne der Exekutionsordnung unterliegt mit Ausnahme des Offenbarungseides (§ 48 E. O.; § 96 K. O.) keiner der hiehergehörenden Leistungsbefehle des Zivilprozesses und Konkurses, dagegen alle Leistungsbefehle des sonstigen Verfahrens außer Streitsachen (§ 87 G. O. G.).

Von gerichtlichen Beurkundungen sind Exekutionstitel: der Vergleich über privatrechtliche Ansprüche, sei er vor Zivil-, sei er vor Strafgerichten, sei er im Zivilprozesse oder im Verfahren außer Streitsachen (einschließlich des Konkurses) abgeschlossen[17]) (§ 1 Z. 5 E. O.),[18]) die amtlichen Auszüge aus dem Liquidierungsprotokolle im Konkurse (§ 1 Z. 7 E. O.), die Aufkündigung von Bestandverträgen über unbewegliche Sachen, Schiffmühlen und auf Schiffen errichtete Bauwerke (§ 1 Z. 4 E. O.).

b) Exekutionstitel anderer Behörden. In Betracht kommen die Staats-, Landes-, Gemeindebehörden; hat eine Behörde im Auslande ihren Sitz, untersteht aber einer inländischen, so steht sie den inländischen gleich (§ 2 E. O.). Andere ausländische nichtgerichtliche Behörden schaffen für Österreich nur auf Grund völkerrechtlicher Einigung oder sonst der §§ 79 ff. E. O. Exekutionstitel.

Grundsätzlich haben die hiehergehörenden Behörden zur Durchsetzung ihrer Entscheidungen und der in ihren Beurkundungen übernommenen Leistungspflichten die administrative Exekution[19]) zur Verfügung. In taxativ genannten Fällen tritt neben sie oder an deren Stelle die gerichtliche: für Vergleiche vor einem Gemeindevermittlungsamte (§ 7 des Ges. vom 21. September 1869 Nr. 150), vor k. k. Polizeibehörden (J. M. V. vom 18. Juni 1853 Nr. 114), vor Verwaltungsbehörden in Grundentlastungs- (Erl. des Min. des Innern vom 9. August 1850 Nr. 326) und Kommassationssachen (Ges. vom 7. Juni 1883 Nr. 92 und 94), vor den Lokalkommissionen zur Regulierung und Ablösung der Holz-, Weide- und Forstprodukten-Bezugsrechte (Pat. vom 5. Juli 1853 Nr. 130, § 38; § 1 Z. 15 E. O.); für Beurkundungen über außergerichtliche Aufkündigungen (§ 1 Z. 18 E. O.), wenn gegen die Aufkündigung des Bestandvertrages keine Einwendungen erhoben wurden (§ 566 Z. P. O.);

---

[15]) Für diese besteht konkurrierend auch eine Exekution nach § 19 Abs. 1, 2 des kais. Pat. vom 9. August 1854 Nr. 208.

[16]) R. Pollak, Exekution zivilgerichtlicher Befehle gegen den Staat (Grünhuts Zeitschr. XXX.).

[17]) Über solche auf Ratenzahlungen siehe v. Schrutka, Praktische Fragen des österr. zivilgerichtl. Verfahrens S. 72 ff.; Judik. Buch Nr. 100.

[18]) Vom Zwangsausgleich spricht § 1 Z. 7 E. O. nicht, wohl aber von den sonstigen „gerichtlichen Beschlüssen" des Konkursverfahrens; die Exekutionsordnung hat damit die Theorie angenommen, daß die gerichtliche Bestätigung des Zwangsausgleiches einen urteilsähnlichen Charakter habe; R. Pollak, Konkursrecht S. 399 ff.

[19]) Über sie Tezner, Handbuch des Administrativverfahrens S. 396—487.

Zahlungsaufträge und Rückstandsausweise über Steuern, Gebühren und deren Zuschläge[20]) von jenen Behörden, welche sie vorgeschrieben haben[21]) (§ 1 Z. 13 E. O.); Buchhalterei-Erledigungen des Staates (Hofkd. vom 12. September 1832, J. G. S. Nr. 2575); administrative Schadenersatzerkenntnisse der Behörden des stehenden Heeres, der Kriegsmarine und der Landwehr gegen im Dienstverbande stehende Personen, wenn sie unanfechtbar geworden sind (Ges. vom 6. Juni 1887 Nr. 72); Erkenntnisse der Bergbehörde (§ 232 Berggef.); Erkenntnisse der Kommassationsbehörden (§§ 11, 12 des Ges. vom 7. Juni 1883 Nr. 92); Ersatzerkenntnisse bei Kontraventionen gegen die Stoltaxordnungen (Ges. vom 7. Mai 1874 Nr. 50, § 26), endlich, falls für die einzelnen an sich vollstreckungsfähigen Entscheidungsarten die Exekution den Gerichten zugewiesen ist, die privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Entscheidungen des Reichsgerichtes (§ 1 Z. 10, 12 E. O.). In allen diesen Fällen steht den Gerichten zwar die Prüfung der abstrakten Zuständigkeit der erlassenden Behörde und der Vollstreckbarkeit jener Entscheidung zu, welche sie vollstrecken sollen, nicht aber jene der konkreten Zuständigkeit und des Umstandes, ob die betreffende Entscheidung sachlich begründet ist, ob z. B. der Zahlungsauftrag erlassen werden durfte.[22])

c) Exekutionstitel öffentlicher Organe. Hier kommen zunächst alle sub b genannten Exekutionstitel mit Ausnahme der Zahlungsaufträge und Rückstandsausweise über Steuern und Gebühren in Betracht (siehe z. B. Art. 84c H. G. B.). Dann aber erscheinen hier die notariellen Urkunden in zwei Fällen: die notarielle Beurkundung der außergerichtlichen Aufkündigung eines Bestandvertrages über Immobilien, Schiffmühlen und auf Schiffen errichtete Bauwerke, wenn gegen die Aufkündigung keine Einwendungen erhoben wurden (§ 1 Z. 18 E. O.; §§ 76 ff. Not. O.); der vollstreckbare Notariatsakt[23]) (§ 1 Z. 17 E. O.; §§ 3 ff. Not. O.). Die erste Urkunde bietet nichts Besonderes, umsomehr die zweite, welche ein Nachkomme der instrumenta guarentigiata ist, quae paratam habent executionem. Diese instrumenta entstanden im Italien der Glossatoren zum Zwecke einer schleunigeren Zwangsvollstreckung; sie wurden in Scheinprozessen in Form von Schuldbekenntnissen mit oder ohne die ausdrückliche Unterwerfung unter die Exekution bei gleichzeitigem Verzicht auf das Erkenntnisverfahren vom Richter aufgenommen. Wer ein solches instrumentum hatte, konnte also das Erkenntnisverfahren vermeiden, hatte sofort den Exekutionstitel. Von den Gerichten übernahmen seit dem

---

[20]) Judik. Buch Nr. 144; Pfaff-Schey Nr. 808.

[21]) Pfaff-Schey Nr. 597: daher nicht der Landesbuchhaltung.

[22]) Pfaff-Schey Nr. 1014.

[23]) Chorinsky, Der österr. Exekutivprozeß (1879); Menger, System S. 79 ff.; Skedl, Das Mahnverfahren (1891); Bartsch, Das österr. allg. Grundbuchsgesetz (3. Aufl.) S. 329 ff.; Pappafava, Über die Vollstreckbarkeit der notariellen Akte (Not. Z. 1884 S. 190 ff.); Neumann, Komm. II. S. 36 f.; Max Pollak, Die Anfechtung vollstreckbarer Notariatsakte (Jur. Bl. 1902 Nr. 3 ff.); v. Schrutka, Praktische Fragen S. 76 ff. — Briegleb, Geschichte des Exekutivprozesses (1839); Wach, Der italienische Arrestprozeß (1868) S. 55 ff.

13. Jahrhunderte die Notare die Ausfertigung dieser instrumenta guarentigiata, und mit der Rezeption des römischen Rechtes wurde auch diese Institution in Deutschland rezipiert. In Österreich konnte sie aber keinen festen Fuß fassen, weil es an einem tüchtigen, angesehenen Notarsstande fehlte; die Exekutionskraft dieser Urkunden schwand darum immer mehr und ist in der allgemeinen Gerichtsordnung erloschen. Sie taucht auch in der Not. O. vom 21. Mai 1855 Nr. 94 noch nicht wieder auf, sondern erst in dem nach Streit zustande gekommenen § 3 der geltenden Not. O. vom 25. Juli 1871 Nr. 75. Darnach ist der Notariatsakt dann ein Exekutionstitel, wenn in ihm der Schuldner causa expressa eine Leistung in Geld oder vertretbaren Sachen zu genau bestimmter Zahlungszeit[24]) verspricht und gleichzeitig in demselben Akte ausdrücklich[25]) erklärt, daß diese seine Verpflichtung sofort (nach Fälligkeit) vollstreckbar sein solle (§ 1 Z. 17 E. O.). Der Gläubiger braucht sich an der Errichtung des Notariatsaktes nicht zu beteiligen.[26])

Es sind besonders solenne Formen und besondere Vorsichten dem Notare bei der Aufnahme des Notariatsaktes vorgeschrieben, und in ihnen sowie in der ausdrücklichen Unterwerfungserklärung des Schuldners unter die Exekution sucht das Gesetz die Sicherheit, welche ihm sonst ein behördliches Erkenntnisverfahren gewährt. Dennoch ist es zweifelhaft, ob einem wirklichen und schützenswerten Bedürfnisse des Publikums durch die Rezeption dieses Exekutionstitels entsprochen wurde, und ob dessen Gefahren namentlich für die minder kultivierten Landesteile und Bevölkerungsschichten nicht größer als seine Vorteile sind.

Ausländische vollstreckbare Notariatsakte sind nur aus Italien und Kroatio-Slavonien Exekutionstitel (siehe § 44 III).

d) Exekutionstitel von Schiedsgerichten und Schiedsrichtern (§ 1 Z. 16 E. O.). Hier kommen nicht die den Namen von Schiedsgerichten führenden staatlichen Gerichte in Betracht[27]) (siehe § 37), sondern nur private Schiedsgerichte; denn die Sprüche und Vergleiche der erstgenannten fallen schon unter § 1 Z. 1, 5 E. O. Die von der abweichenden Meinung herangezogenen Worte des § 1 Z. 16 E. O.: „die einer Anfechtung vor einer höheren schiedsgerichtlichen Instanz nicht unterliegenden Schiedssprüche" passen eben — und zwar nur — auf private, von diesen aber in gleicher Weise auf ständige wie auf nichtständige Schiedsgerichte; denn nur solche können eine höhere „schiedsrichterliche" Instanz haben. Der privaten Schiedsgerichte gibt es zwei Gruppen: solche nach §§ 577 ff. Z. P. O. und solche nach dem Gesetze

[24]) Gl. U. Nr. 12694; über die Klausel des Terminsverlustes siehe Judik. Buch Nr. 100.

[25]) Gl. U. Nr. 13603: Die Worte „bei Vermeidung der Exekution" sind keine solche Erklärung.

[26]) Gl. U. Nr. 6940, 9975.

[27]) Siehe die interessante Entsch. bei Pfaff-Schey Nr. 808; a. M. als der Text v. Czoernig S. 6; Engel, Die Schiedsgerichte (polnisch; zitiert von Rosenblatt in G. Z. 1902 S. 230); wie Text wohl Neumann, Komm. II. S. 34. Rosenblatt a. a. O. hält die ständigen und die staatlichen Schiedsgerichte nicht auseinander. Nicht in diesen Zusammenhang gehört Z. E. Nr. 111.

vom 15. November 1867 Nr. 134 (zur Schlichtung von Streitigkeiten aus dem Vereinsverhältnisse; siehe § 599 Abs. 2 Z. P. O.). Die zweite Gruppe kann nur in Österreich vorkommen; ähnlichen ausländischen muß umsomehr die Fähigkeit versagt werden, Exekutionstitel für Österreich zu produzieren, als schon diese österreichischen Vereinsschiedsgerichte wegen des § 599 Abs. 2 Z. P. O. kaum eine hinreichende Gewähr für ein geordnetes Erkenntnisverfahren bieten. Die erste Gruppe von Schiedsgerichten kann auch im Auslande vorkommen, aber nur aus Italien und Kroatio-Slavonien für Österreich Exekutionstitel schaffen[28]) (siehe § 44 III).

Sowohl die Schiedssprüche als auch die Vergleiche der hier genannten Schiedsgerichte sind Exekutionstitel (§ 1 Z. 16 E. O.), nicht aber die in denselben für den Fall ihrer Nichterfüllung angedrohten Rechtsnachteile (Pönfälle u. dergl.).[29])

e) Private Exekutionstitel sind zwar (mit einer Ausnahme) nicht im § 1 E. O., wohl aber in den Art. IV Einf. Ges. zur E. O., Art. 310[30]) (Art. XIII Z. 9 Einf. Ges. zur E. O.), 374, 375, 382, 409,[31]) 412 H. G. B. genannt. Ihre Aufrechterhaltung beruht darauf, daß § 1 E. O. nicht taxativ aufzählt, für einzelne Fälle auch noch auf den ausdrücklichen Normen der Art. IV, XIII Einf. Ges. zur E. O. Sie alle berechtigen zur Antragstellung bei Gericht auf die Durchführung eines Zwangsverkaufes bestimmter Vermögensstücke des Verpflichteten, ohne daß diesem Antrage ein Erkenntnisverfahren vorhergehen müßte. Ihre Auffassung als Exekutionstitel erscheint damit gegeben,[32]) ist aber mehrfach bestritten. Pisko hat nämlich dawider geltend gemacht, es fehle die Vollstreckbarkeit der Forderung,[33]) was eine petitio principii ist; Petschek wendet ein,[34]) die Beschränkung der Vollstreckbarkeit auf bestimmte Objekte widerspreche der Vollstreckbarkeit einer Forderung (warum? siehe auch § 39 Z. 3 E. O.), und weder Art. 310 H. G. B. noch der dazu gehörende § 47 Einf. Ges. zum H. G. B. normiere eine gerichtliche Exekution, sondern namentlich der letztere nur die Kundmachung des Zwangsverkaufes wie bei einer solchen; das steht mit dem Sinne der beiden Paragraphen, wenn auch nicht geradezu mit ihrem Wortlaute im Widerspruche.

Die Personen, welche nach den zitierten Normen zu dieser Antragstellung auf die Exekutionsbewilligung ohne ein vorangegangenes Erkenntnisverfahren legitimiert erscheinen, sind: auf Grund ihrer Statuten

---

[28]) v. Czoernig S. 68; a. M. Schauer, E. O. S. 101.

[29]) Z. E. Nr. 481.

[30]) Staub-Pisko II. S. 129; Petschek in Jur. Vrtjschr. XXXII. S. 68 ff.

[31]) A. M. Pisko, Die außerstreitige Gerichtsbarkeit in Handelssachen S. 10 ff., da Art. 409 H. G. B. eine andere Versteigerungsart als Art. 310 H. G. B. vorstelle; doch ist § 1 E. O. nicht taxativ, so daß auf diese angebliche Differenz nicht weiter einzugehen ist; im Resultate wie Text Schauer, E. O. S. 68. Siehe Pfaff-Schey Nr. 465.

[32]) v. Canstein, Lehrb. des Handelsr. II. S. 27; Randa in G. Z. 1899 S. 166; zum Teil auch Neumann, E. O. S. 43.

[33]) A. a. O. S. 11.

[34]) Petschek, Zur Frage der derzeitigen Zulässigkeit der Selbstrealisierung verpfändeter Wechsel durch den Konventionalgläubiger (Jur. Vrtjschr. XXXII. S. 69 ff.).

gewisse „Gesellschaften, Anstalten und Vereine“ [35]) (Art. IV Einf. Ges. zur E. O.), zu denen man auch die Einzelinhaber von Pfandleihanstalten rechnen muß, da diesen sonst wohl der Art. 311 H. G. B., aber nicht mehr der Art. 310 H. G. B. zur Verfügung stünde, und da hiedurch nicht sie, sondern ihre Schuldner benachteiligt würden; [36]) auf Grund des schriftlichen Pfandvertrages für Forderungen gegen Kaufleute aus beiderseitigen Handelsgeschäften Kaufleute; endlich auf Grund ihres gesetzlichen Pfandrechtes Kommissionäre, Spediteure und Frachtführer.[37])

Einen privaten Exekutionstitel ganz anderer Kategorie stellt die „beweiskräftige Urkunde“ dar,[38]) durch welche die außergerichtliche Aufkündigung von Bestandverträgen bewiesen wird (§ 1 Z. 18 E. O.).

§ 6. Die Exekutionsobjekte.

I. Exekutionsobjekte sind die Person und die Vermögensstücke des Verpflichteten, dagegen nicht jene Dritter,[1]) mögen sie selbst privatrechtlich für die Schuld des Verpflichteten haften (§§ 37, 262 E. O.). Jede Exekution, welche die Person oder Vermögensstücke Dritter ergreift, ist demnach eine aberratio, die bald von Amts wegen,[2]) bald, und zwar der Regel nach[3]) auf Grund der Klage des Dritten beseitigt werden muß (siehe § 32 Ie), ohne daß freilich eine solche abirrende Exekution an sich wirkungslos wäre[4]) (siehe z. B. § 170 Z. 5 E. O.).

Die Person des Verpflichteten war in früheren Zeiten eines der beliebtesten Exekutionsobjekte,[5]) der Verkauf des Verpflichteten als Sklave, sein Anhalten zur Fronarbeit, seine Personalhaft die häufigsten Exekutionsmittel. Das Gesetz vom 4. Mai 1868 Nr. 34 hat das letzte dieser Mittel — die anderen waren schon lange verschwunden — für Geldforderungen beseitigt, und auch die Exekutionsordnung kennt die Person als Exekutionsobjekt — neben der Geldstrafe — nur[6]) zur Erzwingung von Handlungen, die kein Dritter für den Verpflichteten vor-

---

[35]) Siehe die Zusammenstellung von Schauer, E. O. S. 18 ff.

[36]) Im Resultate übereinstimmend, aber mit Begründung aus Art. I Einf. Ges. zur E. O. Schauer, E. O. S. 2.

[37]) Das gesetzliche Pfandrecht der Lagerhausunternehmung ist ohne gerichtliche Intervention, durch das Gericht aber nicht ohne vorhergehendes Erkenntnisverfahren realisierbar; § 34 des Ges. vom 28. April 1889 Nr. 64.

[38]) Die Textierungen der §§ 565 Z. P. O., 1 Z. 18 E. O. weichen ohne eine inhaltliche Differenz voneinander ab.

[1]) Mengera. a. O. S. 470; R. Pollak, Zwangsverwaltung S. 1 ff.; Pfaff-Schey Nr. 865.

[2]) Z. B. wenn Mobilien gepfändet werden, die nicht in der Gewahrsame des Verpflichteten waren.

[3]) Der Regel entspricht die Widerspruchsklage des § 37 E. O.; eine Ausnahme ist im § 294 Abs. 4 E. O. enthalten; Pfaff-Schey Nr. 824; zu enge interpretiert die Begründung bei Fellner-Ohmeyer Nr. 628, 629 den § 294 Abs. 4 E. O.

[4]) Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 127; R. Pollak in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXX. S. 262.

[5]) Renaud, Lehrb. des gem. dtsch. Z. P. R. S. 504 ff.; Horten, Personalexekution I. S. 2 ff.; Menestrina, l'accessione S. 45 ff.

[6]) Der Offenbarungseid (§ 47 E. O.) gehört nicht hieher.

nehmen kann[7]) (§ 354 E. O.), und die auch nicht in einer bloßen, wenn auch förmlichen Willenserklärung des Verpflichteten bestehen (§§ 350, 367 E. O.), ferner zur Erzwingung von Duldungen und Unterlassungen[8]) des Verpflichteten (§ 355 E. O.).

Das Vermögen des Verpflichteten zerfällt für die Exekution in seine einzelnen Vermögensstücke; denn im Gegensatze zum römischen und gemeinen beruht das österreichische Exekutionsrecht grundsätzlich wenigstens schon seit 1781 auf dem Gedanken der Spezialexekution[9]) (siehe § 7), der übrigens den Kreis der Exekutionsobjekte nicht, sondern nur die Art ihrer Beschlagnahme berührt. Dagegen ist der Kreis der Exekutionsobjekte mehrfach durch den Inhalt des Vollstreckungsanspruches oder durch die materielle Rechtslage bestimmt.

Prinzipiell freilich sind alle Aktiven des Verpflichteten zu Exekutionsobjekten tauglich. Ausnahmen hievon bestehen jedoch nach folgenden Richtungen:

Richtet sich der Vollstreckungsanspruch auf ein individuell bestimmtes Vermögensstück des Verpflichteten (§§ 346, 350 ff. E. O.),[10]) so darf die Exekution sich nur auf dieses richten (§ 368 E. O.), auf dieses aber wieder ohne Rücksicht darauf, ob es für andere, namentlich für Geldansprüche der Exekution unterliegt oder nicht. Die später zu besprechenden, einen ziemlich erheblichen Umfang genießenden Befreiungen von Vermögensstücken des Verpflichteten von der Exekution gelten hier nicht; hat also beispielsweise der betreibende Gläubiger den Vollstreckungsanspruch auf die Herausgabe des Handwerkszeuges des verpflichteten Handwerkers, so darf er ihn durchsetzen, obwohl das Handwerkszeug im § 251 Z. 6 E. O. als der Exekution entzogen bezeichnet ist. Ganz gleich ist die Rechtslage dann, wenn der Vollstreckungsanspruch sich zwar nicht auf ein individuell bestimmtes Vermögensstück, aber auf Vermögensstücke „bestimmter Gattung" (§ 346 E. O.) oder auf „eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen" (§ 346 Abs. 2 E. O.) richtet; auch da können nur diese Vermögensstücke als Exekutionsobjekte dienen (§ 347 E. O.), diese aber auch dann, wenn sie für Geldforderungen exekutionsfrei wären.[11]) Diese Exekution nennt man die direkte;[12]) so selbstverständlich uns ihre Zulassung erscheint, so wenig war sie es früher, wofür nur an den Satz des römischen Formularprozesses erinnert zu werden braucht: omnis condemnatio pecuniaria est,[13]) der jede solche direkte Exekution abschnitt.

Jede andere Exekution ist eine indirekte; sie sucht dem Vollstreckungsanspruche auf einem Umwege Genüge zu tun. Hier kommen

---

[7]) Pfaff-Schey Nr. 822.

[8]) Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse S. 14 f., 97 ff.

[9]) Pfaff-Schey Nr. 298; Kassat. Entsch. Nr. 2510.

[10]) Siehe Krainz II. S. 5.

[11]) Dies ergibt sich zwingend aus der Stellung der §§ 250, 251, 290, 291 E. O. im Gesetze und für Art. IX Z. 1, 4, 6, 8, 9, 10, 11 Einf. Ges. zur E. O. aus der Analogie.

[12]) Menger a. a. O. S. 379 f.; Menestrina S. 46.

[13]) Die neueste Darstellung dieses Institutes hat J. Pfaff in Jur. Vrtjschr. XXXIV. S. 49 ff. gegeben.

nun zwei Arten von Vollstreckungsansprüchen in Betracht, solche zur Vornahme vertretbarer Handlungen des Verpflichteten (§ 353 E. O.) und solche zur Hereinbringung von Geld. Zu beiden müssen die Vermögensstücke des Verpflichteten herangezogen werden; denn vertretbare Handlungen desselben werden derart durchgesetzt, daß ein Dritter bestellt wird, sie auf Kosten des Verpflichteten vorzunehmen[14]) (§ 353 E. O.), so daß dessen Vermögen dann zur Deckung der Kosten dient.[15])

II. Für diese Exekution zur Hereinbringung von Geldforderungen besteht grundsätzlich zwar eine Beschränkung dahin, daß der betreibende Gläubiger nicht mehr Objekte in Exekution ziehen lassen darf, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist (§§ 14, 27 E. O.), aber keine Beschränkung auf bestimmte Vermögensobjekte des Verpflichteten und keine Reihenfolge der Heranziehung derselben. Der betreibende Gläubiger kann und muß sie daher wählen (§ 14 E. O.) und sie darum in seinem Exekutionsantrage bezeichnen (§ 54 Z. 3 E. O.) und hat das ius variandi sowie das Recht der Kumulierung. Damit wäre das Blankettgesetz des § 465 a. b. G. B. in demselben Sinne wie bis zum 1. Jänner 1898 ausgefüllt. Allein die Exekutionsordnung enthält nun in ihren §§ 96, 263 zwei wesentliche Beschränkungen dieser Wahlfreiheit des betreibenden Gläubigers: beide Paragraphen verweisen nämlich den Konventionalpfandgläubiger (unbeweglicher und körperlicher beweglicher Sachen) in erster Linie auf das Konventionalpfand.[16]) Die im Detail mehrfach strittigen[17]) Normen bestimmen ihrem, wenigstens im § 96 E. O. zweifellosen Wortlaute nach freilich nur den Fall, daß das Konventional- und das richterliche Pfandrecht konkurrieren und gleichartige Objekte ergreifen, also entweder beide Immobilien oder beide körperliche bewegliche Sachen. Aber man sieht nicht, welcher Grund für diese Beschränkung maßgebend gewesen sein könnte, und muß darum den Wortlaut als zu enge auffassen,[18]) so daß die Normen sinngemäß lauten: der Gläubiger, der pupillarsicher durch ein Konventionalpfand an Immobilien für den durch Vollstreckungsanspruch geltend gemachten Anspruch gedeckt ist, und jener Gläubiger, welcher durch ein Handpfand für diesen und für die anderen Ansprüche — der Grund dieser Differenz zu § 96 E. O. liegt nur in Besonderheiten des Grundbuchsrechtes — gedeckt ist, für welche das Handpfand haftet, soll seinen Vollstreckungsanspruch auf diese Objekte beschränken; tut er dies nicht, so hat der Verpflichtete das Recht, die Verweisung des betreibenden

[14]) Krainz-Pfaff-Ehrenzweig II. S. 9; Pfaff-Schey Nr. 805.

[15]) Das gilt auch für die Geldstrafen zur Durchsetzung unvertretbarer Handlungen, Duldungen und Unterlassungen.

[16]) Tilsch, Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze S. 147 ff; Klieneberger, Einschränkung der Immobiliarexekution (Jur. Bl. 1896 Nr. 27 ff.); Neumann, E. O. S. 187, 427; Krainz I. S. 767, 855, 824 Anm. 33. Ist der Verpflichtete nur Pfandschuldner, dann haftet — bei richtigem Urteile — nur das Pfand; Pfaff-Schey Nr. 865.

[17]) Auch ihr Verhältnis zu § 27 Alinea 1 E. O. ist nicht klar; legt man sie wie im Texte aus, so stehen sie selbstständig neben diesem; a. M. für § 96 E. O. Tilsch S. 149; v. Czoernig S. 43.

[18]) A. M. Neumann, E. O. S. 187; wohl auch v. Fürstl II. S. 209.

Gläubigers auf diese Objekte zu fordern, und zwar auch dann, wenn der Gläubiger auf Immobilien nicht mit der Exekution durch Pfandrechtsbegründung, sondern mit einer solchen durch Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung vorgeht,[19]) oder wenn er auf seine Konventionalpfandobjekte seinen Vollstreckungsanspruch gar nicht gerichtet hat,[20]) also z. B. dann, wenn der Gläubiger, statt sich an seine Hypothek zu halten, die Mobiliarexekution führt. Der gesunde Grundgedanke dieser Normen ist, daß der Gläubiger jene Objekte exequieren lassen soll, auf deren Exekution der Verpflichtete und andere Gläubiger von vorneherein gefaßt zu sein hatten; der erstgenannte Gläubiger kann kein schützenswertes Interesse daran haben, auf andere Objekte das Gericht greifen zu lassen.

Sieht man hievon ab, so sind die Vermögensstücke des Verpflichteten, die er im Zeitpunkte der Exekution hat und von Gesetzes wegen veräußern darf (§ 448 a. b. G. B., mag es ihm auch durch Vertrag verboten sein), Exekutionsobjekte zur Hereinbringung von Geldforderungen. Unter Vermögen sind alle geldwerten Aktiven zu verstehen, also z. B. unbewegliche, körperliche bewegliche Sachen einschließlich des Geldes, Rechte, z. B. auf Zahlung einer Versicherungssumme[21]) oder des Mietzinses,[22]) Besitzrechte,[23]) Bestandrechte, Markenrechte, das Recht auf Ausfolgung einer Vermögensmasse (§ 333 E. O.; Art. 126 H. G. B.), das Pflichtteilsrecht[24]) nach des Erblassers Tod, Urheberrechte,[25]) Patentrechte,[26]) Substitutionsrechte auf eine Realität;[27]) ausgeschlossen sind mangels Selbständigkeit das Pfändungspfandrecht allein,[28]) die nicht geldwerten Objekte (z. B. Standespapiere, Arbeitsbücher), die unübertragbaren Rechte (z. B. Statusrechte), wenn sie auch nicht der Ausübung nach übertragen werden können, wie z. B. die Servitut der Wohnung,[29]) die Berechtigung zur Herausgabe einer Zeitung,[30]) das Recht des Lebensunterhaltes als solches,[31]) die Heirats-

---

[19]) A. M. v. Czoernig S. 43; Klieneberger S. 433.

[20]) Übereinstimmend für § 263 E. O. Tilsch S. 148; a. M. Neumann, E. O. S. 428 (auf den Wortlaut gestützt); übereinstimmend für § 96 E. O. Neumann S. 187; a. M. Tilsch S. 149.

[21]) Bei Exekution gegen einen Nachlaß nur, wenn sie in den Nachlaß gehört; Pfaff-Schey Nr. 257. Die Literatur dieser Frage bei Brecher in G. Z. 1902 Nr. 30 ff.

[22]) Pfaff-Schey Nr. 529.

[23]) Spr. Rep. Nr. 107. Über Besitzrechte siehe Krainz I. S. 481; v. Nemethy, Exekution gegen den außerbücherlichen Besitzer (Jur. Bl. 1896 Nr. 23 f.); Horn, Rechte als Objekte des Pfandrechtes S. 83 ff., dessen Ansichten ich nicht beizutreten vermag.

[24]) Pfaff-Schey Nr. 431.

[25]) Rabel, Die Übertragbarkeit der Urheberrechte (in Grünhuts Zeitschr. XXVII. S. 131 ff.).

[26]) E. Adler, Zivilrechtliche Erörterungen zum Patentregister (in Grünhuts Zeitschr. XXVI. S. 671 ff.); Pisko, Die Exekution auf Patentrechte (G. Z. 1898 S. 370 ff.); Suman, Die Exekution auf Patentrechte (G. Z. 1901 S. 25 f.).

[27]) Pfaff-Schey Nr. 447; a. M. Pfaff-Schey Nr. 521, 537, 886; siehe auch Nr. 789; Horn S. 36.

[28]) Pfaff-Schey Nr. 276.

[29]) Gl. U. Nr. 1890, 2136, 5292, 12777.

[30]) Gl. U. Nr. 10275.

[31]) Gl. U. Nr. 3832, 4236, 10400, 10773, 12172; a. M. Gl. U. Nr. 7605.

gutsforderung,[32]) während Gewerbekonzessionen[33]) und Fruchtgenußrecht,[34]) weil der Ausübung nach übertragbar, exequierbar sind. Unexequierbar ist wegen des Art. 22 H. G. B. das Firmenrecht,[35]) ferner jede unzedierbare Forderung, endlich das sich dem Grundsatze der Spezialexekution nicht fügende Erbrecht[36]) (Hofd. vom 3. Juni 1846, J. G. S. Nr. 968). Unter diesen Aktiven hat der die Hereinbringung einer Geldforderung betreibende Gläubiger das Wahlrecht, und zwar grundsätzlich frei nach Art und Zahl dieser Objekte.

Es könnte nun scheinen, als ob ein solches ganz unbeschränktes Wahlrecht, verbunden noch mit einem ius variandi, die beste Exekutionsordnung ergeben müßte. Wenigstens wären die betreibenden Gläubiger damit voraussichtlich völlig zufrieden, und das altrömische, hauptsächlich vom Gläubigerstandpunkte aus verfaßte Schuld- und Exekutionsrecht entspricht denn auch diesem Gläubigerideal, wofür man nur an das in partes secare der zwölf Tafeln zu erinnern braucht. Aber ein solches Exekutionsrecht dient, im großen betrachtet, nicht einmal den wahren Interessen der betreibenden Gläubiger und schädigt wichtige öffentliche Interessen nach allen Richtungen auf das empfindlichste, da es die Gefahr der Vernichtung der Erwerbsfähigkeit des Schuldners, damit den Verlust einer Arbeitskraft für den Staat, und da es die Gefahr einer Verschleuderung von Exekutionsobjekten, somit eine Vernichtung von Werten heraufbeschwört. Das spätere römische und das gemeine Recht suchten dawider wenigstens dadurch mildernd einzugreifen, daß sie dem Schuldner, der alle seine Güter den Gläubigern abgetreten hatte, das beneficium competentiae gewährten, ihn durch diese Rechtswohltat des Notbedarfes wenigstens aller jetzigen Verpflichtungen entledigend; so konnte er, wenn auch ohne Aktiven, so doch auch ohne Passiven ein neues Leben beginnen. Ausreichend war das Mittel nicht und schoß andererseits durch seine Vernichtung des unbezahlten Schuldenrestes über das Ziel hinaus; es hat sich denn auch jetzt nur in dem Zwangsausgleiche im Konkurse erhalten. Das moderne Exekutionsrecht verwirft — es ist hiezu auf einem Zickzackwege vom altrömischen und altdeutschen Exekutionsrechte aus gelangt — allerdings das Extrem des altrömischen Rechtes, aber auch das beneficium competentiae, und vermittelt zwischen den Gläubigerinteressen, welche zum Teil mit denen an der Aufrechterhaltung von Treu und Glauben im Verkehre, an jener der guten Sitten und des Kredites zusammenfallen, und den Interessen der Allgemeinheit, welche Einschrän-

---

[32]) Pfaff-Schey Nr. 428, 695.

[33]) Zum Teil a. M. Fischböck in G. Z. 1900 Nr. 8. Die Praxis schwankt: verneinend Pfaff-Schey Nr. 701, 708, 759 (Gasthauskonzessionen), Nr. 732; Fellner-Ohmeyer Nr. 678 (Buchhändlerkonzessionen); bejahend Pfaff-Schey Nr. 744, 763, 1243 (Gasthaus- und Schankkonzessionen); Fellner-Ohmeyer Nr. 679 (Buchdruckereikonzessionen).

[34]) A. M. Z. E. Nr. 302, während Gl. U. Nr. 5025, 14284 dem Texte näher stehen.

[35]) Siehe Staub-Pisko I. S. 89.

[36]) Pfaff-Schey Nr. 585; Leipen in Gellers Ztbl. 1883 S. 322 ff.; Horn S. 37 (woselbst die frühere Judikatur).

kungen des Exekutionsrechtes zu Gunsten der Schuldner verlangen. Die Grundlage für diese Vermittlung geben unter anderem etwa folgende Erwägungen: Die Exekution darf, wenn irgend angängig, den Schuldner nicht der Möglichkeit berauben, fortzuleben und seinen Beruf auszuüben; sie soll ihm darum ein Existenzminimum lassen, also Vermögensstücke dem Gläubigerzugriffe entziehen (III). Die Exekution soll den Gläubiger befriedigen und darum derart eingerichtet sein, daß sie den möglichst hohen Erlös ergibt; daraus folgt, daß unter Umständen vom Grundsatze der Spezialexekution abgewichen werden muß, so daß dem Gläubiger das Wahlrecht unter den Aktiven nur beschränkt bleibt (§ 7). Aus demselben Grunde sind die Exekutionsarten nicht in das Ermessen des Gläubigers gestellt, sondern von Gesetzes wegen bestimmt. Endlich soll der Effekt der Exekution für den betreibenden Gläubiger in einem Verhältnisse zu den Nachteilen stehen, welche der Verpflichtete erleidet, so daß unter Umständen eine Exekution ohne Befriedigung des Gläubigers eingestellt werden muß (§ 7).

Alle diese Erwägungen beschränken den betreibenden Gläubiger; sie vermindern das der Exekution unterzogene Vermögen des Verpflichteten, sowie sie die Art des Zugriffes auf dieses verminderte Vermögen einschränken; sie erschweren jeden Pressionsversuch. Sie tangieren daher insgesamt den Inhalt des Vollstreckungsanspruches. Eine Konsequenz hievon ist, daß die betreibenden Gläubiger in begreiflichem, wenn auch kurzsichtigem Egoismus trachten, diese Beschränkungen hinwegzuräumen. Nicht immer freilich ohne eine sachliche Rechtfertigung, wie zugegeben werden muß; denn es kann nicht geleugnet werden, daß diese Normen im Effekte nicht immer bloß den öffentlichen Interessen dienen, sondern auch von Schuldnern mißbraucht werden können, um sich der möglichen Leistung ihrer Verpflichtungen zu entziehen. Aber diese Möglichkeit darf das Gesetz nicht bestimmen, die Kraft seiner Normen abzuschwächen; denn jede Gesetzgebung vermag nur das Gros der Fälle richtig zu erledigen und muß vereinzelte Mißbräuche möglich lassen, weil sie generalisieren muß. Hat das Gesetz einmal gewisse Einschränkungen im Inhalte des Vollstreckungsanspruches als richtig erkannt, so muß es deshalb an ihnen festhalten, unbekümmert um entgegenstehende Bestrebungen der Gläubiger und um mögliche vereinzelte Mißbräuche von Schuldnern. Das österreichische Recht ist darum völlig zielbewußt, wenn es seine Vorschriften über die Einengungen des Inhaltes seines Vollstreckungsanspruches zu solchen zwingenden Rechtes macht und konsequenterweise ihre Beobachtung von Amts wegen verlangt (§ 39 E. O.). Übrigens verstärkt das Gesetz die Kraft einer Reihe seiner Exekutionsbefreiungen noch dadurch, daß es die betreffenden Objekte auch dem vertragsmäßigen Pfandrechte sowie jeder ein-[37]) oder zweiseitigen Verfügung der Parteien entzieht, welche den Normen über die Exekutionsbefreiung „widersprechend" ist, wozu z. B. die Zession

[37]) Einseitige Kompensationserklärung des Gläubigers ist kein Vollstreckungsakt und nicht ausgeschlossen; vergl. Jaeger, Die (dtsch.) K. O. S. 116.

und Anweisung ebenso wie die Verpfändung (§ 293 E. O.), nicht aber die Kompensation gehört, sie sei denn durch eine Zession ermöglicht; sonst ergibt sich aus der Nichtaufnahme der Kompensation in den § 293 E. O., wo ihre Aufnahme so nahe lag, aus der Entstehungsgeschichte des Ges. vom 29. April 1873 Nr. 68 und aus der von Ehrenzweig mit Recht geltend gemachten Notwendigkeit der Kompensation als eines Gegengewichtes gegen die Unpfändbarkeit ihre Zulässigkeit.[38]) Diese Verstärkung der Unpfändbarkeit hat bei der Exekution auf Geldforderungen aller Art statt (§ 293 E. O.; § 7 des Ges. vom 21. April 1882 Nr. 123; § 5 des Ges. vom 29. April 1873 Nr. 68, deren ausdehnende Auslegung auf die anderen eximierten Geldansprüche sich ex ratione legis ergibt);[39]) dagegen sind die anderen exekutionsfreien, aber verkehrsfähigen Objekte dem privatrechtlichen Verkehre, z. B. der Verpfändung nicht entzogen, womit das Gesetz unabweislichen Anforderungen des Verkehres eine Konzession gemacht hat: man kann darnach gewisse Objekte z. B. kaufen und sich verpfänden lassen, die man nicht pfänden lassen könnte. Umso strikter ist an dem Verbote für eximierte Geldansprüche festzuhalten; es würde sonst nicht lange dauern, bis jeder betreibende Gläubiger den Verpflichteten auf diese Exekutionsbeschränkungen verzichten ließe.

Nunmehr sind die drei Gruppen der Inhaltsbeschränkungen des Vollstreckungsanspruches zur Hereinbringung von Geldforderungen einschließlich der Geldstrafen — nur für solche bestehen sie trotz der Einreihung der §§ 15, 28 E. O. in die „Allgemeinen Bestimmungen" — in der ungemein kasuistischen Gestaltung zu betrachten, welche ihnen das österreichische Recht gewährt; zur Gewinnung einer kurzen, prägnanten Formel ist hier dieses Gesetz so wenig als bisher ein fremdes gelangt.

III. Exekutionsfreie Objekte. Ihre Exekutionsfreiheit wird durch alle jene Erwägungen, welche sub II angedeutet wurden (Rücksichten auf die Erhaltung der Arbeitskraft, der wirtschaftlichen Persönlichkeit), und überdies für einzelne Exekutionsbefreiungen auch durch Rücksichten auf die Religion, Sitte, Pietät u. a. m. bestimmt. Niemals hängt diese Exekutionsfreiheit, welche fast ausschließlich physischen Personen zuteil wird, von der Würdigkeit, nur selten von der Armut des Verpflichteten ab. Sie ist aus öffentlichen Rücksichten derart eingeführt, daß sie in der Regel einem schützenswerten öffentlichen Bedürfnisse entspricht; trifft das einmal nicht zu, so ändert das den Bestand der Norm nicht ab. Denn auf eine Prüfung der konkreten Tatbestände des Einzelfalles nach der Bedürftigkeit oder Würdigkeit des Verpflichteten hat sich das Gesetz[40]) nicht einlassen, sie auch dem Richter nicht auftragen können, da der Aufwand der Untersuchung außer Verhältnis zum Resultate stünde. Andererseits reicht die ratio legis nicht aus, um etwa auch dort Exekutionsbefreiungen zu schaffen, wo sie das Gesetz nicht normiert. Der Grundsatz bleibt: alles Ver-

[38]) Krainz II. S. 117 Anm. 13a; a. M. v. Schuster, Grundriß des Obligationenrechtes S. 41; wohl auch Pick S. 152.

[39]) Neumann, E. O. S. 63; a. M. Petschek a. a. O. S. 20.

[40]) Pfaff-Schey Nr. 1221.

mögen des Verpflichteten ist Exekutionsobjekt, welches nicht vom Gesetze von der Exekution ausgenommen ist.

Ob ein bestimmtes Vermögensobjekt exekutionsfrei ist oder nicht, bestimmt natürlicherweise nur in abstracto das Gesetz, in concreto dagegen (unter Ausschluß jeglichen Einflusses einer Parteivereinbarung oder eines Verzichtes des Verpflichteten auf gesetzliche Begünstigungen) das Gericht. Der entscheidende Zeitpunkt für dessen Feststellung ist zunächst der Zeitpunkt der Exekutionsvornahme, in der Regel der Pfändung: ist nach der Situation dieses Momentes ein Objekt exekutionsfrei, so muß es aus der Exekution von Amts wegen, also auf Anregung jeder beliebigen Person ausgeschieden werden (§ 39 Z. 2, 4 E. O.), wenn es vom Vollstreckungsorgane in dieselbe einbezogen wurde; bis zur Freigabe ist das Objekt allerdings ordnungsgemäß gepfändet. Diese Freigabe hat auch während des Exekutionsverfahrens wann immer bis zur Durchführung der Verwertung[41]) (arg. § 367 a. b. G. B.; §§ 269, 45 E. O.) zu erfolgen, wenn der den Tatbestand der Exekutionsfreiheit bildende Sachverhalt nun erst hervorkommt, es sei denn schon für dieses Exekutionsverfahren auf Grund dieses Tatbestandes die Exequierbarkeit durch eine ausdrücklich darauf lautende gerichtliche Entscheidung festgestellt.[42]) Finden sich bei einer Exekutionsvornahme mehrere gleichartige Gegenstände im Vermögen des Verpflichteten, von denen nur einzelne exekutionsfrei sind, so sind jene auszuscheiden, welche schon aus Anlaß einer früheren Exekution ausgeschieden wurden; finden sich diese ausgeschiedenen jedoch nicht mehr vor, so sind nunmehr andere an ihrer Stelle auszuscheiden, und zwar ohne Rücksicht auf den Grund, aus welchem die ersten wegfielen, also z. B. auch dann, wenn der Verpflichtete sie verkauft, vernichtet, auf sie (etwa auf einen Teil seines Gehaltes) verzichtet hat. Denn es muß daran festgehalten werden, daß die Exekutionsfreiheit auf öffentlichen Rücksichten beruht, daß der Verpflichtete erhalten wird um staatlicher Rücksichten willen und nicht aus Mitleid oder wegen seiner Würdigkeit, und daß er darum dieser Begünstigungen sich ebensowenig unwürdig machen als er auf sie verzichten kann. Dieser Gedanke trägt weiter. Verschwinden nämlich die in concreto befreiten Vermögensobjekte aus der Rechtssphäre des Verpflichteten, kommt ihm z. B. sein Handwerkszeug abhanden, so muß dieser der Pfändung nachfolgende Tatbestand auch bei jener Exekution noch berücksichtigt werden, bei welcher seinerzeit ganz ordnungsgemäß die Ausscheidung der exekutionsfreien Objekte und die Pfändung anderer erfolgt ist; so kann sogar trotz rechtskräftiger Feststellung der Pfändbarkeit bestimmter Vermögensobjekte für eine bestimmte Exekution durch solche Tatbestandsveränderungen ein betreibender Gläu-

[41]) Petschek a. a. O. I. S. 119 nimmt „Nichtigkeit innerhalb des Prozeßverhältnisses" an, was im Ergebnisse mit dem Texte übereinstimmen wird. Viel weiter geht Pick, Lohnbeschlagnahme S. 152: der nichtige Pfändungsbeschluß könne auch nach Abschluß des Exekutionsverfahrens rückgängig gemacht werden; ihn widerlegen die im Texte zitierten Paragraphen.

[42]) Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 35 ff.

biger auch nach der ordnungsgemäß begonnenen und begrenzten Exekution noch um einen Teil der gepfändeten Objekte kommen, und zwar insolange, als diese nicht versilbert sind. Und die Exekutionsordnung macht gar keinen Unterschied zwischen den Gründen eines solchen Verschwindens exekutionsfrei gelassener Gegenstände, so daß es gleichgültig ist, ob die Milchkuh (§ 251 Z. 3 E. O.) gefallen oder vom Verpflichteten verkauft ist, ob die Bibliothek (§ 251 Z. 5 E. O.) verbrannt oder verschenkt ist — wobei die Frage strafrechtlicher Ahndung eines Handelns in fraudem creditorum und die zivilrechtlicher Anfechtbarkeit solcher Handlungen hier dahingestellt bleiben können.

Die einzelnen Exekutionsbefreiungen sind:

1. Das Existenzminimum. Eine Reihe von Vorschriften ist von dem Gedanken beherrscht, daß jedem Menschen von dem Seinigen ein solches Minimum erhalten bleiben müsse, daß von demselben seine wirtschaftliche Persönlichkeit sich erhalten könne; seine Arbeitskraft ginge sonst dem Staate verloren, er fiele der Armenversorgung zur Last oder würde dem Verbrechen in die Arme getrieben. Zur Erreichung dieses Zweckes enthielt schon die allgemeine Gerichtsordnung in den §§ 311, 340 zwei allgemein lautende Normen, die sich freilich infolge einer engherzigen Praxis nicht bewährten. Die moderne Gesetzgebung begann zuerst in Deutschland auf diesem Felde Kasuistik zu treiben und steht auch jetzt noch auf dem Standpunkte, einen Katalog der exekutionsfreien Objekte aufzustellen; obwohl dieser Katalog immer ausführlicher wird, erschöpft er begreiflicherweise nicht alle sachlich gleichen Fälle und bleibt sogar manchmal hinter dem § 340 a. G. O. zurück.

a) Allen Verpflichteten, sie seien welchen Standes immer, bleibt jener Hausrat an Kleidungsstücken (zu denen man sinngemäß, vom Sprachgebrauche abweichend, auch die Wäsche, künstliche Gliedmaßen, Hörrohre Schwerhöriger, Brillen u. dergl. zu rechnen hat), Betten und Bettzeug, Haus- und Küchengeräten einschließlich der Öfen frei, welcher aus ihrem Eigentume für sie selbst und die ihren Haushalt teilenden (ehelichen und unehelichen; § 40 a. b. G. B.) Familienmitglieder und Dienstleute unentbehrlich ist (§ 251 Z. 1 E. O.).[43]) Der terminus „Dienstleute" ist der österreichischen Rechtssprache sonst fremd;[44]) trotz der abweichenden Meinung des Gesetzgebers wird man, als nach dem Sprachgebrauche des täglichen Lebens darunter fallend, nicht nur Dienstboten, sondern auch gewerbliche Hilfsarbeiter und Lehrlinge verstehen müssen.[45])

b) Erhaltungsmittel. Jedem Verpflichteten, er sei welchen Standes immer, bleiben die für ihn und die sub a genannten Personen erfor-

[43]) An diesen Objekten ist auch das gesetzliche Pfandrecht des Bestandgebers ausgeschlossen; Krainz I. S. 759; Spr. Rep. Nr. 67.

[44]) Er entstammt dem § 715 Z. 4 (alte Zählung) dtsch. Z. P. O.; siehe über die Redaktionsgeschichte Steinbach, Das Gesetz vom 10. Juni 1887 S. 19.

[45]) A. M. Steinbach a. a. O.; teilweise a. M. v. Fürstl II. S. 502.

derlichen Nahrungs- und Feuerungsmittel für vierzehn Tage (§ 251 Z. 2 E. O.), die Naturalunterstützungen aus öffentlichen Mitteln, welche wegen eines allgemeinen Notstandes gewährt wurden, und die bei ihm vorgefundenen, „offenbar" (das heißt prima facie erkennbar) aus dem gleichen Grunde gewährten, wenn auch rückzahlbaren Bargelder (§ 251 Z. 4, 8 E. O.), endlich „nach Wahl des Verpflichteten" — im Gesetze stehen diese Worte nicht ganz an der richtigen Stelle — entweder eine Kuh oder zwei Ziegen oder drei Schafe samt Futter und Streu bis zur nächsten Ernte (§ 251 Z. 3 E. O.), diese Tiere jedoch nicht schon dann, wenn sie ein Einkommen gewähren, sondern nur dann, wenn sie durch ihre Milch zur „Ernährung" (nicht: Erhaltung) der genannten Personen unentbehrlich sind (§ 251 Z. 3 E. O.). Wählt der Verpflichtete nicht, so muß interimistisch[46]) das Gericht an seiner Stelle wählen; doch steht dem Verpflichteten bis zum Verkaufe des Objektes die nachträgliche Wahl frei, da das Gesetz ihn nicht beschränkt; von der einmal getroffenen Wahl kann er aber in dieser Exekution durch seine Erklärung nicht mit Wirkung zurücktreten (siehe § 906 a. b. G. B., aber auch oben III. Abs. 2).

c) Das Einkommen. Nach der hier besonders kasuistischen Gesetzgebung muß unterschieden werden: der Geding- und Schichtlohn der Bergarbeiter; der Lohn der im Privatdienste und der im Staatsdienste, aber nicht dauernd Angestellten; jener der im Privatdienste dauernd Angestellten; jener der im öffentlichen Dienste Angestellten; die Zinsen der Militärheiratskautionen; die Unterstützungen; das Ausgedinge; die Ersparnisse. Gemeinsam ist ihnen allen die Gewährung des Existenzminimums; aber die Ausgestaltung dieses Gedankens ist ebenso verschieden als das Alter der einzelnen Befreiungen, von denen die ältesten Spuren für die Bergarbeiter sich im Jahre 1510 finden,[47]) während die älteste ausgeprägte und umfassende Exekutionsbefreiung zu Gunsten der Staatsbeamten schon im römischen Rechte erfolgt ist und jene für Privatbeamte nur bis 1781 zurückgeht.

Der Geding- und Schichtlohn der Bergarbeiter ist völlig und gegen alle, also auch gegen Alimentationsansprüche exekutionsfrei, mag er verdient sein oder nicht (§ 207 Berggef.). Die Exekutionsfreiheit auch gegenüber Alimentationsansprüchen ergibt sich mit zweifelloser Bestimmtheit daraus, daß § 207 Berggef. zuerst durch § 7 des Ges. vom 29. April 1873 Nr. 68, dann durch Art. IX Z. 11 Einf. Ges. zur E. O. aufrechterhalten ist;[48]) die abweichende Meinung der Praxis[49]) beruht lediglich auf Billigkeits-

[46]) Nicht definitiv (a. M. Neumann, E. O. S. 67; v. Fürstl II. S. 502; Gl. U. Nr. 12458; zweifelnd Steinbach S. 20), da hiefür der gesetzliche Anhaltspunkt fehlt.

[47]) Pick, Die Lohnbeschlagnahme (in Grünhuts Zeitschr. XXVIII. S. 3 f.).

[48]) Pick S. 142; Neumann, E. O. S. 71 f.; v. Fürstl II. S. 593.

[49]) Für das frühere Recht Spr. Rep. Nr. 117; Gl. U. Nr. 12221; eine richtige Entscheidung ist von Neumann, E. O. S. 72 Anm. 4 angeführt. Siehe auch Nowak III. Nr. 545.

erwägungen. Ist der Lohn bezahlt, so ist soviel von dem beim Verpflichteten vorgefundenen Bargeld exekutionsfrei, als der Lohn vom Tage des Exekutionsvollzuges bis zum nächsten Lohnzahlungstermine beträgt (§ 251 Z. 7 E. O.).

Der Lohn der im Privatdienste, aber nicht dauernd Angestellten, aber doch vom Dienstverhältnisse ganz oder hauptsächlich lebenden Personen[50]) ist exekutionsfrei bis zum Tage seiner Fälligkeit und der durch ihn zu vergeltenden Dienste, von da an nur, wenn er vom Arbeiter ernstlich, aber vergeblich eingefordert worden;[51]) diese im § 3 des Ges. vom 29. April 1873 Nr. 68 nicht enthaltene Ausdehnung der Exekutionsfreiheit ergibt sich aus der Erwägung, daß das Gesetz doch nicht einerseits im § 251 Z. 7 E. O. den bezahlten Lohn in dem im vorigen Absatze bezeichneten Ausmaße der Exekution entziehen (weil der Arbeiter ihn zur Bestreitung der nächsten Lebensbedürfnisse braucht) und andererseits jenen Lohn derselben preisgeben kann, welchen der Arbeiter vergeblich einforderte. Der bezahlte Arbeitslohn dagegen ist völlig der Exekution anheimgestellt, mit Ausnahme jenes Teiles, der auch bei Bergarbeitern exekutionsfrei ist[52]) (§ 251 Z. 7 E. O.). Alle diese Sätze gelten auch, wenn der Vollstreckungsanspruch für gesetzliche Alimentationsforderungen geltend gemacht wird;[53]) denn Art. IX Z. 10 Einf. Ges. zur E. O. spricht von einem „Jahresbezug" und setzt ein exekutionsfreies Lohnminimum voraus und ist darum hier unanwendbar, weil von beiden keine Rede sein kann. Das Wichtigste ist bei dieser Gruppe von Angestellten die Feststellung des Begriffsmerkmales der „dauernden Anstellung". § 2 des Ges. vom 26. Mai 1888 Nr. 75 sagt hierüber: „Als dauernd ... gilt das Dienstverhältnis, wenn dasselbe ... mindestens auf ein Jahr bestimmt[54]) oder bei unbestimmter Dauer für die Auflösung eine Kündigungsfrist von mindestens drei Monaten einzuhalten ist." Es ist klar, daß man es hier zwar nicht mit einer gesetzlichen Fiktion,[55]) aber (was im Effekte das Gleiche ist) mit einer gesetzlichen Begriffsbestimmung[56]) des dauernden Dienstverhältnisses zu tun hat, welche bindet, obwohl sie von dem Begriffe abweicht, den der Sprachgebrauch sonst mit dem „dauernden Dienstverhältnisse" verbindet; es fehlt nach dem Gesetze jeder Anhaltspunkt dafür, ein Dienstverhältnis als dauernd anzusehen, welchem diese Kriterien des § 2 l. c. fehlen. Wenn nichtsdestoweniger nach langem Schwanken der oberste Gerichts-

---

[50]) Locatio conductio operis gewährt kein Exekutionsprivilegium.

[51]) Neumann, E. O. S. 77; Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 23 ff.; a. M. Pick S. 62 f.

[52]) Steinbach S. 26 f.; Pick S. 64 ff.; Petschek I. S. 23 ff.; a. M. Fischböck in Jur. Bl. 1899 S. 558.

[53]) Pick S. 131 ff.; Petschek S. 28 ff.; v. Fürstl II. S. 592; a. M. Neumann, E. O. S. 78 ff.; Fischböck a. a. O. Nr. 46, 1900 Nr. 39; Albert Ehrenzweig in Jur. Bl. 1900 Nr. 7; Judik. Buch Nr. 145; Pfaff-Schey Nr. 684.

[54]) Pfaff-Schey Nr. 829 (ein für die Zeit vom 1. Oktober 1899 bis 8. April 1900 engagierter Schauspieler ist nicht dauernd engagiert).

[55]) So Pick S. 52; Petschek hat ihn widerlegt.

[56]) Petschek S. 22 ff.; v. Canstein S. 338; Ullmann, Das (frühere) österr. Zivilprozeßrecht S. 538; a. M. Neumann, E. O. S. 75 f.

hof im Judik. Buch Nr. 148 ausgesprochen hat, diese Kriterien des § 2 l. c. seien nur exemplifikativ gemeint und es sei — bei unbestimmter Vertragsdauer — von Fall zu Fall festzustellen, ob ein Dienstverhältnis in Wahrheit dauernd sei oder nicht,[57]) so kann dieser auch von Pick und Petschek ausdrücklich bekämpften Rechtsansicht nicht beigetreten werden. Sie ist wohl nur durch die Erkenntnis hervorgerufen worden, daß nach dem Gesetze die wenigsten Angestellten es dauernd sind, eine Einschränkung, die aber die Absicht des Gesetzes war, und die in einem bestimmten Gesetzesbefehle zum Ausdrucke kommt.

Nach Analogie der hier für die im Privatdienste nicht dauernd Angestellten entwickelten Sätze sind die Diurnisten[58]) der öffentlichen Ämter und ebenso die Kanzleigehilfen derselben zu behandeln (arg. e contr. des § 3 des Ges. vom 21. April 1882 Nr. 123; § 251 Z. 7 E. O.).

Die dauernd im Privatdienste Angestellten genießen in Österreich erst seit 1873 und außerhalb Österreichs auch nur seit 1781 Exekutionsbefreiungen. Derzeit haben sie in Österreich, wenn sie „ausschließlich oder vorzugsweise in Arbeits- oder Dienstverhältnissen",[59]) sei es auch in mehreren gleichzeitig,[60]) ihren Lebensunterhalt suchen, das garantierte Einkommen auf anderer Grundlage (Ges. vom 29. April 1873 Nr. 68; Ges. vom 26. Mai 1888 Nr. 75; Art. IX Z. 10 Einf. Ges. zur E. O.) als die bisher genannten Gruppen. Ihnen soll ein Jahreseinkommen von 1600 K, ein Ruhegenuß von 1000 K garantiert werden. Das wird folgendermaßen durchgeführt: von den nicht bezahlten „Dienstesbezügen" können 1600 K jährlich, von den bezahlten jener beim Verpflichteten vorgefundene Barbetrag durch keine Exekutionsart getroffen werden, welche den Dienstesbezügen vom Tage des Exekutionsvollzuges bis zum nächsten Fälligkeitstage der Dienstesbezüge entspricht (§ 251 Z. 7 E. O.); es ist irrelevant, ob diese Bezüge ziffermäßig bestimmt sind oder nicht (Akkordlohn, Provision, Spielhonorar).[61]) Nicht einzurechnen sind Nebeneinkommen außerhalb des Dienstverhältnisses, ferner jene Bezüge, welche (wie ein Teil der Diäten eines Handelsreisenden) zur Deckung von Geschäftsauslagen bestimmt sind. Diese 1600 K vermindern sich bei Ruhegenüssen, Witwenpensionen und Erziehungsbeiträgen auf 1000 K jährlich; es ist irrelevant, ob diese Bezüge vom Arbeitnehmer oder von solchen „Anstalten, Gesellschaften oder Vereinen" herrühren, welche ihren Mitgliedern oder deren Hinterbliebenen derartige

[57]) Die Praxis hat sich der Judikatur sofort angeschlossen; Beispiele: ein Bankbeamter mit vierzehntägiger Kündigungsfrist, der seit fünfzehn Jahren in seinem Dienste steht, ist dauernd angestellt (O. G. H. vom 14. August 1900, Z. 11309, Fellner-Ohmeyer Nr. 18); ebenso (O. G. H. vom 23. Jänner 1901) ein Handlungsreisender, der seit 1. Mai 1900 mit vereinbarter vierzehntägiger Kündigungsfrist angestellt war (Fellner-Ohmeyer Nr. 19); unter ähnlichen Umständen ein anderer, dem der Gehalt sogar wöchentlich bezahlt wurde (Fellner-Ohmeyer Nr. 20).

[58]) Judik. Buch Nr. 122; Z. E. Nr. 273; wohl auch Pfaff-Schey Nr. 1124.

[59]) Locatio conductio operis scheidet auch hier aus.

[60]) Siehe Pfaff-Schey Nr. 433, 620.

[61]) Gl. U. Nr. 7215, 11418; Pfaff-Schey Nr. 313.

Bezüge gewähren; auf bezahlte Ruhegenüsse ꝛc. findet auch hier § 251 Z. 7 E. O. Anwendung. Diese Exekutionsbefreiungen vermindern sich auf die Hälfte (800 K, 500 K), wenn der Vollstreckungsanspruch zu Gunsten von Steuern oder anderen öffentlichen Abgaben einschließlich ihrer Zuschläge, oder wenn er zu Gunsten eines „auf dem Gesetze beruhenden Anspruches auf Leistung des Unterhaltes“ [62]) erhoben wird; dieses Privilegium kommt arg. § 216 Abs. 2 E. O. und ratione legis auch den Nebengebühren und Prozeßkosten des Alimentationsanspruches zu [63]) und wird auch dadurch nicht behoben, daß der gesetzliche Alimentationsanspruch durch einen Vertrag (z. B. einen Vergleich) bekräftigt wird. [64]) Dagegen steht das Privilegium den Alimenten pro praeterito und den Ersatzansprüchen Dritter für bezahlte Alimente nicht zu; [65]) denn in praeteritum non vivitur, und im zweiten Falle hat überdies der Rechtsgrund des Anspruches gewechselt. — Wie für diese privilegierten Forderungen (für Steuern, Alimente) das exekutionsfreie Minimum zu berechnen, ist Gegenstand einer lebhaften Kontroverse. Aus den Gesetzesworten: „die Hälfte des sonst der Exekution entzogenen Jahresbezuges“ (Art. IX Z. 10 Einf. Ges. zur E. O.) habe frei zu bleiben, leiten die einen die oben akzeptierte abstrakte, die anderen eine konkrete Berechnung dahin ab, [66]) daß in jedem einzelnen Falle der sonst freie Jahresbezug zu berechnen und davon die Hälfte zu nehmen sei. [67]) Dem Art. IX Einf. Ges. zur E. O. lassen sich beide Auslegungen abgewinnen, so daß er zur Lösung nicht ausreicht; die im Texte akzeptierte Lösung beruht auf der Analogie des § 292 E. O. — Jede Exekutionsbefreiung der hier besprochenen Dienstesbezüge fällt gegen Vollstreckungsansprüche fort, mit denen Forderungen geltend gemacht werden, welche die auf Grund der Gewerbeordnung errichteten Unterstützungs- und Krankenkassen an ihre Teilnehmer zu stellen haben; [68]) ist auch ein Grund für diese besondere Privilegierung nicht zu finden, so ist sie doch dadurch klar im Gesetze ausgesprochen, daß Art. IX Z. 10 Einf. Ges. zur E. O. zwar die lit. a und b, nicht aber auch die lit. c des § 7 des Ges. vom 29. April 1873 Nr. 68 erwähnt.

Ist schon diese Regelung für die Privatbediensteten trotz ihres bestechend klaren und einsichtigen Grundgedankens im Detail fast verwirrend

---

[62]) v. Hussarek, Die familienrechtliche Alimentation (in Grünhuts Zeitschr. XX. S. 481 ff.); Pick S. 70 ff.

[63]) Neumann, E. O. S. 70; Gl. U. Nr. 9602, 11855, 14578, 15567; a. M. Pick S. 106 (weil es kein „Zubehör“ eines „Begriffes“ gäbe); Gl. U. Nr. 13434. — Nicht hieher gehört Pfaff-Schey Nr. 1220.

[64]) Pick S. 81, 102; a. M. Gl. U. Nr. 14160. Welche ratio soll hier gegen das privilegium sprechen?

[65]) v. Hussarek S. 655 ff.; Pick S. 123 f.; Gl. U. Nr. 9088, 13522; a. M. Neumann, E. O. S. 71; Gl. U. Nr. 7930, 11167, 13434.

[66]) Für das erste Pick, Petschek, Pfaff-Schey Nr. 538; für das zweite Albert Ehrenzweig.

[67]) Übersteigt der Jahresbezug 1600 K, so decken einander die Ergebnisse beider Methoden.

[68]) Pick S. 132 ff.; Petschek S. 29; a. M. Beck in G. Z. 1898 S. 383; Neumann, E. O. S. 76; Albert Ehrenzweig.

geworden, so steigert sich das noch bei der nun zu erörternden Gruppe der im öffentlichen Dienste Stehenden (Art. IX Z. 8 Einf. Ges. zur E. O.; Ges. vom 21. April 1882 Nr. 123). Vor allem unterscheidet das Gesetz hier zwei Kategorien der Verpflichteten, von denen die eine günstiger als die andere gestellt ist. Die erste besteht aus jenen in ständigem Bezuge stehenden Personen, welche „Diurnen, Löhnungen, Mannschaftsgebühren, Invalidenverpflegsgebühren, Zulagen von Verwundeten, Gebühren für Tapferkeitsmedaillen" oder andere nicht ständige Dienstesbezüge, wie etwa Meilengelder beziehen; diese Bezüge sind gänzlich exekutionsfrei, ob sie nun bezahlt sind oder nicht (§ 3 des zitierten Ges. geht als lex specialis dem § 251 Z. 7 E. O. voran); nur für gesetzliche Alimentationsansprüche haftet die Hälfte dieser Bezüge[69]) (Art. IX Z. 8 Einf. Ges. zur E. O.). Die zweite Gruppe von Personen besteht aus jenen im öffentlichen Dienste Stehenden, welche ständige Dienstesbezüge haben; ob sie private oder öffentlichrechtliche Dienste leisten, ist nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung ebenso gleichgültig, als ob sie im ständigen Dienstesverhältnisse stehen. Hieher gehören z. B. die noch nicht genannten Militärpersonen,[70]) Hofbeamte,[71]) Staatsbeamte[72]) und Staatsdiener, städtische Beamte (daß sie etwa privatrechtliche Dienstverträge schließen, ist irrelevant), Lehrer an Landes- und Gemeindeschulen, Handelskammersekretäre,[73]) dagegen nicht die Reichsratsabgeordneten,[74]) da sie nicht im Dienste, die bosnischen Beamten,[75]) da sie nicht im österreichischen Dienste stehen. Für diese zweite Personenkategorie ist nun ein Teil ihrer Bezüge mehr, der andere Teil minder exekutionsfrei. Völlig exekutionsfrei sind die schon bei der ersten Kategorie genannten Bezüge, welche hier als Nebeneinkommen erscheinen, dann die Einkünfte der Postmeister aus dem Postdienste (Art. VIII Z. 7 Einf. Ges. zur E. O.; § 29 des Pat. vom 5. November 1837, J. G. S. Nr. 240); ferner sind die unmittelbar von den Parteien entrichteten Seelsorgegebühren, die Diäten, das Kondukt- und Sterbequartal[76]) exekutionsfrei (§ 3 des Ges. vom 21. April 1882 Nr. 123); nur für gesetzliche Alimentationsansprüche haftet ihre Hälfte (Art. IX Z. 8 Einf. Ges. zur E. O.). Das Quartiergeld ist exekutionsfrei[77]) mit der naheliegenden Ausnahme zu Gunsten der

---

[69]) Diese früher strittige Frage ist jetzt durch Art. IX Z. 8 Einf. Ges. zur E. O. gelöst; a. M. Schauer, E. O. S. 50.

[70]) Siehe ihr Verzeichnis im Ges. vom 20. Mai 1869 Nr. 78 und im § 1 des Ges. vom 21. April 1882 Nr. 123.

[71]) Gl. U. Nr. 11893 (Chorsänger der k. k. Hofoper).

[72]) Gl. U. Nr. 14493 (Staatseisenbahnbeamte; siehe aber Pfaff-Schey Nr. 710); Nr. 14203 (Ablösungswächter der k. k. Staatsbahnen); Nr. 14526 (Postexpedienten).

[73]) Nowak III. Nr. 148.

[74]) Z. E. Nr. 220; Pfaff-Schey Nr. 885.

[75]) A. M. v. Fürstl II. S. 586; Gl. U. Nr. 11720, 11828. Für sie gilt die bosnische Z. P. O. — Siehe übrigens den Fin. Min. Erl. vom 19. Jänner 1880 Nr. 248.

[76]) Diese sind in das sonst exekutionsfreie Minimum einzurechnen, die anderen hier genannten Bezüge nicht.

[77]) Es ist nicht in das exekutionsfreie Minimum einzurechnen.

Mietzinsforderung (§ 3 l. c.); auch gegenüber Alimentationsansprüchen besteht trotz des allgemeinen Wortlautes des Art. IX Z. 8 Einf. Ges. zur E. O. diese Exekutionsfreiheit, weil sonst die Angestellten, welche die Wohnung in natura beigestellt erhalten, ohne Grund besser gestellt wären als jene, welche das Wohnungsäquivalent erhalten. Sind schon darnach die im öffentlichen Dienste Stehenden gegenüber den dauernd Privatbediensteten begünstigt, so steigt diese Bevorzugung noch besonders bei allen anderen Dienstesbezügen.[78]) Von diesen ist nämlich nicht nur der Jahresbezug von 1600 K, sondern es sind auch jedenfalls zwei Drittel exekutionsfrei, so daß unter Umständen der exekutionsfreie Bezug 1600 K jährlich erheblich übersteigen kann.[79]) Von Ruhegenüssen (einschließlich der Personalzulagen, Gnadengehalte ꝛc.), Witwenpensionen, Erziehungsbeiträgen unterliegt gleichfalls nur ein Drittel und jedenfalls nur der 1000 K jährlich übersteigende Betrag der Exekution.[80]) Diese Exekutionsbefreiung vermindert sich auch nicht gegenüber Steuer- und öffentlichen Abgabenansprüchen; wohl aber vermindert sie sich auf die Hälfte (also ein Drittel der Bezüge und mindestens 800 K, respektive 500 K jährlich) gegenüber gesetzlichen Unterhaltsansprüchen (Art. IX Z. 8 Einf. Ges. zur E. O.). Endlich ist durch Art. IX Z. 9 Einf. Ges. zur E. O. nunmehr authentisch § 24 des Ges. vom 12. Juli 1872 Nr. 112 aufrechterhalten, laut dessen für Rückersatzansprüche des Staates an seine richterlichen Beamten zwar auch nur ein Drittel der Dienstesbezüge haftet (also zwei Drittel exekutionsfrei sind), aber das ziffermäßige exekutionsfreie Minimum nur 700 K jährlich beträgt.

Zinsen von Militärheiratskautionen sind exekutionsfrei in folgenden Graden: gar nicht für Alimentationsforderungen der Ehegattin und ehelichen Kinder, für die sie bestellt wurden;[81]) zur Hälfte für andere gesetzliche Alimentationsansprüche, da hier § 5 des Ges. vom 21. April 1882 Nr. 123 durch Art. IX Z. 8 Einf. Ges. zur E. O. derogiert ist; zu zwei Dritteilen, jedoch mit einem exekutionsfreien Minimum von 1000 K, für solche Verpflichtungen, welche durante matrimonio von „beiden Ehegatten", nach dem Aufhören der Ehe von der überlebenden Witwe eingegangen wurden;[82]) ganz exekutionsfrei gegenüber allen anderen Ansprüchen. Die Militärheiratskaution selbst ist zwar vinkuliert, aber nicht exekutionsfrei[83]) (Art. IX Z. 1 Einf. Ges. zur E. O.; Hofkzld. vom 29. September 1835, J. G. S. Nr. 84).

---

[78]) Nowak IV. Nr. 644; Pfaff-Schey Nr. 538, 620.

[79]) Bezüge aus mehreren Anstellungen sind zusammenzurechnen; Pfaff-Schey Nr. 433, 620; a. M. Pfaff-Schey Nr. 1124 (Exekution auf Pension von 400 K und Diurnum verweigert, weil sie nicht zusammenzuzählen seien; ob die Entscheidung selbst richtig ist, kann nicht nachgeprüft werden, weil die Höhe des — allerdings unpfändbaren — Diurnums nicht angegeben ist).

[80]) Nowak IV. Nr. 615.

[81]) A. M. Schauer, E. O. S. 51; v. Fürstl II. S. 584: die Hälfte sei exekutionsfrei. Aber diese durch den Wortlaut des Art. IX Z. 8 Einf. Ges. zur E. O. allerdings gedeckte Ansicht kann nach der Zweckbestimmung einer solchen Kaution keine Anwendung finden.

[82]) Auf ausbezahlte Zinsen findet § 251 Z. 7 E. O. Anwendung.

[83]) A. M. Ullmann, Das (frühere) österr. Zivilprozeßrecht S. 534.

Gewisse Unterstützungen gehören gleichfalls hieher, und zwar taxativ folgende: Gnadengaben (z. B. Staatsstipendien),[84]) wem immer sie gewährt werden;[85]) Unterstützungen der in Armenpflege Befindlichen aus Stiftungen oder öffentlichen Kassen, mögen die Unterstützten darauf einen Anspruch haben oder nicht; Ansprüche aus der Mitgliedschaft von Kranken- und Leichenvereinen; jene Guts- und Gutszubehörversicherungssummen, welche statutengemäß zur Wiederherstellung des Zerstörten verwendet werden müssen,[86]) wodurch arg. Art. I Einf. Ges. zur E. O. die weitergehende Vorschrift des Hofd. vom 18. Juli 1828, J. G. S. Nr. 2354, aufgehoben wurde;[87]) Vorschüsse aus den mit staatlicher Genehmigung bestehenden Approvisionierungskassen (§ 290 E. O.); die Bezüge von der Gesellschaft zur Versorgung mittelloser und gebrechlicher Mitglieder der Wiener juridischen Fakultät, der Witwen- und Waisenpensionsgesellschaft des juridischen Doktorenkollegiums in Wien,[88]) der medizinischen und chirurgischen Witwensocietät in Wien, von der Versorgungsanstalt für mittellose und gebrechliche Prager Advokaten und Mitglieder der dortigen juridischen Fakultät[89]) (Art. IX Z. 6 b—e Einf. Ges. zur E. O.). Diese Exekutionsbefreiungen sind unbeschränkt nach der Höhe und der Art der Schuld. Dagegen haften zur Hälfte für gesetzliche Alimentationsansprüche Ansprüche an Versicherungsanstalten auf Grund der Gesetze über Unfall- und Krankenversicherungen und Bruderladen (Art. IX Z. 12 Einf. Ges. zur E. O.) und an den Kaiser Franz Josef I. Landesversicherungsfond in Prag (Art. IX Z. 13 Einf. Ges. zur E. O.). „Bares Geld, welches offenbar aus" einem der obgenannten Titel „herrührt", ist gleichfalls und in gleichem Umfange exekutionsfrei, weil zwar die älteren der zitierten Normen dies nicht sagen, auch § 290 E. O. von „angewiesenen", „gebührenden" Beträgen spricht, ferner auch der auf wiederkehrende Leistungen zugeschnittene § 251 Z. 7 E. O. unanwendbar ist, aber die ratio legis zu einer ausdehnenden Interpretation des § 251 Z. 8 E. O. drängt.[90]) Bis zur Höhe von 1000 K jährlich sind exekutionsfrei die bisnun nicht genannten Unterhaltsgelder und Pensionen aus Stiftungen und Unterstützungsanstalten,[91]) ferner (in Abschwächung des gemeinen Rechtes nur) bei erwerbsunfähigen, auf diese Unterstützung angewiesenen Verpflichteten die aus Versicherungsverträgen oder auf Grund

[84]) Pfaff-Schey Nr. 1003 (mit abzulehnender Begründung).

[85]) § 290 Z. 1 E. O. läßt freilich dem im Texte abgelehnten Zweifel Raum, ob nicht auch hier die Bedachten der Armenpflege unterstehen müssen.

[86]) Pittner in G. Z. 1898 S. 102; Krainz I. S. 768 Anm. 2, S. 827, 849 ff.; Pfaff-Schey Nr. 803, 979 (geht zu weit).

[87]) Schauer, E. O. S. 548; a. M. Z. E. Nr. 320; aber wozu dann § 290 Z. 2 E. O. mit seiner abweichenden Textierung?

[88]) Die von Schauer, E. O. S. 47 zitierte Note vom 28. Juni 1760 spricht freilich nur vom „Verbote"; ihr Zusammenhang ergibt jedoch das Resultat des Textes.

[89]) Art. IX Z. 6a und 7 Einf. Ges. zur E. O. gewähren nur die Befreiung von einstweiligen Verfügungen.

[90]) A. M. anscheinend v. Fürstl II. S. 594; Fragenbeantwortung S. 123.

[91]) Z. E. Nr. 31; Pfaff-Schey Nr. 1056. — Daß die „Stiftungen" sich auch auf die „Unterhaltsgelder" beziehen, ergibt sich aus § 291 Z. 2 E. O.

eines gesetzlichen Alimentationsanspruches bezogenen Unterhaltsgelder und Renten (§ 291 Z. 1, 2 E. O.), endlich die wegen Körperverletzung zu entrichtenden Geldrenten (§ 291 Z. 3 E. O.). Treffen mehrere dieser im § 291 E. O. normierten Exekutionsbefreiungen zusammen, so ist im ganzen ein Jahresbezug von 1000 K exekutionsfrei (§ 291 E. O.); gegenüber gesetzlichen Alimentationsansprüchen reduziert sich diese im § 291 E. O. normierte Exekutionsbefreiung auf 500 K jährlich. Andere als die genannten Alimentationsforderungen sind trotz des etwas weitergehenden Vorbildes des Art. 581 des code de procédure civile nicht von der Exekution befreit.

Ausgedinge[92]) in Naturalien oder Geld (§ 226 E. O.) sind bis zu einer Gesamtnutzung von jährlich 600 K dann exekutionsfrei, wenn sie für den Verpflichteten und die seinen Haushalt teilenden Familienmitglieder „unentbehrlich" sind (§ 330 E. O.); absolut exekutionsfreie Ausgedinge gibt es darnach nicht.[93])

Mit dieser, wenn auch beschränkten Exekutionsfreiheit der Ausgedinge ist das Gesetz nicht zu weit, aber an die Grenze dessen gegangen, was aus öffentlichen Interessen vom „Einkommen" dem Verpflichteten exekutionsfrei gelassen werden soll. Über diese Grenze (mit einer Ausnahme) greifen die nun zu besprechenden Normen hinaus, welche Kapitalien der Exekution entziehen und damit allerdings bis auf diese Ausnahme nicht mehr den Untergang des Verpflichteten verhüten, sondern Exekutionsvereitlungen erleichtern.[94]) Es sind nämlich, um die bedenklichere der Normen voranzustellen, die Einlagen in die Postsparkasse und die Postsparkassebücher ganz gegen alle Ansprüche und in jeder Höhe exekutionsfrei (§ 17 des Ges. vom 28. Mai 1882 Nr. 56; Art. IX Z. 4 Einf. Ges. zur E. O.); ferner sind bis 1000 K exekutionsfrei Einlagen in Sparvereine und Sparkassen gewerblicher (einschließlich der gewerkschaftlichen) Unternehmungen, wenn dieselben ausschließlich Einlagen gewerblicher Arbeiter des betreffenden Betriebes entgegennehmen (§ 291 E. O.). Das Bedenkliche dieser Vorschriften wird dadurch ein wenig gemildert, daß behobene Einlagen der Exekution anheimfallen, da sie keinen Lohn, sondern Kapital darstellen, somit nicht unter § 251 Z. 7 E. O. fallen. Unbedenklich, ja billigenswert ist es, daß der Überverdienst von Sträflingen während ihrer Haft und dreißig Tage nach seiner Auszahlung und ihrer Haftentlassung exekutionsfrei ist (§ 6 des Ges. vom 29. April 1873 Nr. 68; Art. IX Z. 10 Einf. Ges. zur E. O.). Über die zum Teile hiehergehörenden §§ 15, 28 E. O. siehe S. 53 f.

2. Der Erwerb. Hier ist der Grundgedanke, daß nicht die Arbeitsprodukte, wohl aber das „Handwerkszeug" im weitesten Sinne exekutionsfrei bleiben soll, weil seine Beschlagnahme dem Verpflichteten in der

[92]) Pfaff-Schey Nr. 679, 727 (Rückwirkung des § 330 E. O.), 1108 (ausdehnend), 1195; über die frühere Praxis Horn S. 37.

[93]) Vergl. Krainz II. S. 292; a. M. dem Anscheine nach v. Czoernig S. 283.

[94]) Pfaff-Schey Nr. 825, aus dem sich das Bedenkliche dieser Exekutionsbefreiung klar ergibt.

Regel die Ausübung seines Erwerbes oder Berufes unmöglich und ihn damit aus einem nützlichen zu einem lästigen Gesellschaftsmitgliede macht, während andererseits der Wert dieses Handwerkszeuges für den betreibenden Gläubiger in der Regel gering ist. Anknüpfungen an diese Gedankengänge finden sich schon im § 340 a. G. O.; jetzt besteht der Katalog der hiehergehörenden Vermögensstücke aus folgenden Gruppen:

Bei Handwerkern, Hand- und Fabriksarbeitern und Hebammen sind frei (nicht nur das Handwerkszeug im technischen Sinne, sondern) die zur persönlichen Ausübung ihrer Beschäftigung erforderlichen, wenn auch nicht unentbehrlichen[95]) Gegenstände[96]) (§ 251 Z. 6 E. O.), und zwar schon, wenn sie nicht zur alleinigen,[97]) wenn auch persönlichen Bedienung durch den Verpflichteten bestimmt sind, dies dann, wenn solche Gegenstände die Bedienung mehr als einer Person beanspruchen. Gegen eine ungebührliche Ausdehnung schützen die eine taxative Aufzählung darstellenden termini „Handwerker, Hand- und Fabriksarbeiter", welche alle Personen ausschließen, die, wie z. B. Theaterunternehmer, Schiffahrtsunternehmer, nicht persönlich Handarbeit leisten; andererseits sind freilich die termini des Gesetzes nicht im Sinne der Gewerbeordnung zu interpretieren, sondern der erste im Sinne des Handelsgesetzes[98]) (so daß z. B. auch Gemischtwarenhändler,[99]) Kleingärtner, Kautschukstempelerzeuger, Tabaktrafikanten, kleine Lithographen, Greisler — nicht auch Gastwirte und ebensowenig Fabrikanten[100]) — zu den Handwerkern zu rechnen sind), die folgenden, der sonstigen österreichischen Gesetzessprache fremden im Sinne des täglichen Sprachgebrauches, der darunter auch die land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter, Rudersleute u. dergl. mehr umfaßt. Eine engherzige Auslegung dieser Norm wäre nicht am Platze; sie ist darum auch dann anzuwenden, wenn der Gewerbeinhaber selbst arbeitsunfähig ist (ein Greis, die Witwe) und durch einen Stellvertreter seine Arbeit besorgen läßt.

In diesen Zusammenhang gehört auch die Exekutionsfreiheit der mit höchstens vier Hilfsarbeitern betriebenen handwerksmäßigen oder solcher konzessionierter Gewerbsunternehmungen, zu deren Antritt eine Befähigung

---

[95]) Vergl. Pfaff-Schey Nr. 243, 985.

[96]) Kasuistik: Drehbank des Drechslers, Stickmaschine der Stickerin, Strickmaschine des Strumpfwirkers, Billard des Cafetiers, Pferd und Wagen des Lohnkutschers, das Ringelspiel eines wandernden Schaubudenbesitzers, die Blechschere eines Schlossers; siehe Nowak III. Nr. 402; Gl. U. Nr. 12465, 12879, 14220, 14170, 13605; Pfaff-Schey Nr. 985; Neumann, E. O. S. 68; v. Fürstl II. S. 593 ff.

[97]) A. M. Neumann, E. O. S. 68; Fellner-Ohmeyer Nr. 485; wie Text Nr. 493.

[98]) Steinbach S. 23 ff.; Neumann, E. O. S. 68; Gl. U. Nr. 14957; Z. E. Nr. 321; a. M. Amschl in G. Z. 1898 S. 236. Ganz ohne Anhaltspunkt ist es, die termini „Handwerker" und „handwerksmäßig betriebenes Gewerbe" in Zusammenhang zu bringen und hiedurch jene auszuschließen, welche ein freies oder ein konzessioniertes Gewerbe betreiben; O. G. H. vom 24. September 1901, Z. 13376, Fellner-Ohmeyer Nr. 485.

[99]) A. M. O. G. H. vom 21. Mai 1899, Z. 6976, Fellner-Ohmeyer Nr. 481.

[100]) O. G. H. vom 27. Dezember 1901, Z. 17336, Fellner-Ohmeyer Nr. 487.

nachgewiesen werden muß[101]) (§ 341 E. O.); diese termini sind den §§ 14, 15, 23 der Gewerbeordnung entnommen, daher in deren Sinn auszulegen. Darum fällt das Buchdrucker- und das Schiffergewerbe auf Binnenwässern unter den § 341 E. O., dagegen nicht jenes der Photographen, Apotheker,[102]) Theateragenten.[103]) Die unter die zitierte Norm fallenden Unternehmungen dürfen weder in Zwangsverwaltung gezogen noch im Exekutionswege verpachtet, somit durch kein für sie zulässiges Exekutionsmittel getroffen werden. Über die Exekutionsfreiheit der zu ihrem Betriebe etwa erforderlichen Konzession und zum Betriebe gehörenden einzelnen Objekte ist damit nichts bestimmt;[104]) sie sind es nur, wenn sie es nach anderen Normen als § 341 E. O. sind. So durchkreuzen einander die Gebiete der §§ 251 Z. 6 E. O. und 341 E. O.: einem kleinen Gastwirte darf z. B. nicht das Unternehmen, wohl aber dessen Einrichtung in Exekution gezogen werden.

Bei Personen, welche einen wissenschaftlichen oder künstlerischen Beruf ausüben, und auch bei allen (anderen) öffentlichen und Privatbeamten sind „die zur Verwaltung des Dienstes oder Ausübung des Berufes erforderlichen Gegenstände" exekutionsfrei (§ 251 Z. 5 E. O.). Zu diesen Personen gehören Ärzte, Advokaten, Richter, Notare, Lehrer, Sänger, Schauspieler, aber nicht die pensionierten Beamten, Artisten, ferner positivrechtlich nicht die Apotheker hinsichtlich der Apothekeneinrichtung (§ 251 Z. 9 E. O.). Welche Gegenstände darnach in concreto exekutionsfrei, ist eine quaestio facti,[105]) wie im vorhergehenden Falle; ausdrücklich genannt ist im Gesetze nur die anständige Kleidung.

Bei Personen der bewaffneten Macht und der Gendarmerie sind „alle zur Versehung des Dienstes erforderlichen Gegenstände" exekutionsfrei (§ 251 Z. 5 E. O.); zu dieser Personengruppe hat man ex ratione legis auch die Reserveoffiziere, dagegen nicht jene des Ruhestandes zu zählen.

Bei dieser Materie sind durch die Kasuistik des Gesetzes ganze Personenklassen unberücksichtigt geblieben, welche, wie z. B. größere Kaufleute, wohl mit den begünstigten gleich hätten behandelt werden sollen. Am ungünstigsten ist hier der Bauernstand weggekommen, dem aus freilich schwerwiegenden Bedenken die Exekutionsfreiheit einer „Heimstätte", das ist von Haus, Hof und Grund in einem gesetzlichen Höchstmaße nicht gewährt wurde.[106])

---

[101]) R. Pollak, Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen; Fischböck, Gewerbeberechtigungen als Gegenstand der Exekution (G. Z. 1900 Nr. 8 ff.); derselbe, Exekution auf konzessionierte Gewerbe (G. Z. 1902 Nr. 30 ff.); Sternberg in G. H. 1901 Nr. 22.

[102]) Nowak III. Nr. 572.

[103]) Fellner-Ohmeyer Nr. 699 bis 702.

[104]) R. Pollak, Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen S. 11 ff.; Fischböck in G. Z. 1902 S. 284; die Judikatur siehe oben Anm. 33.

[105]) Gl. U. Nr. 11776, 12698, 14529.

[106]) C. Grünberg, Empfiehlt sich die Einführung eines Heimstättengesetzes? (Verhandl. des 24. dtsch. Juristentages II. S. 213 ff.)

3. Variae causarum figurae. Die Verkehrs- und Veräußerungsbeschränkungen sowie Beschränkungen des Eigentumserwerbes, die in anderen Gesetzen, z. B. im Privatrechte, normiert sind,[107]) hindern nach ihrem Maße auch die Exekution (Art. VI Einf. Ges. zur E. O.). Religiösen Gründen entspringt die Exekutionsfreiheit der Gegenstände, welche zur Ausübung des Gottesdienstes einer gesetzlich anerkannten Kirche oder Religionsgenossenschaft „verwendet werden", wozu man auch die Realitäten zu zählen hat, die zum Religionskultus bestimmt sind,[108]) ferner die Kreuzpartikel und Reliquien; die Fassung derselben ist nicht exekutionsfrei (§ 250 E. O.). Erwägungen der Pietät und der Sitte entspringt die Exekutionsfreiheit des Eheringes des Verpflichteten, seiner Orden, Ehrenzeichen und, wenn auch kostbaren, Familienbilder — der Verpflichtete darf sie aus freier Hand verkaufen —, jedoch ohne deren Rahmen (§ 251 Z. 10, 12 E. O.); Bilder der Ahnen können nach dem Grunde dieser Norm nicht als exekutionsfrei betrachtet werden. Kulturellen Erwägungen verdanken die Bücher für Kirche und Schule für den Verpflichteten und die seinen Haushalt teilenden Familienmitglieder die Exekutionsfreiheit (§ 251 Z. 10 E. O.). In diesem Zusammenhange ist auch die Exekutionsfreiheit der Briefe an den Verpflichteten zu nennen — nur das kann mit den Gesetzesworten: Briefe „des Verpflichteten" gemeint sein —, der Schriften desselben, also Urkunden,[109]) die keine Wertpapiere sind (z. B. Haushaltungs- und Geschäftsbücher), seiner Urheberrechte,[110]) auch wenn er sie ererbt haben sollte, nicht auch, wenn er sie im Vermächtniswege erlangt haben sollte[111]) (§ 251 Z. 11 E. O., § 14 des Ges. vom 26. Dezember 1895 Nr. 197).

Lediglich der unmittelbaren Rücksicht auf die Allgemeinheit entspringen folgende Exekutionsbefreiungen: das Vermögen der Gemeinden (das sind Ortsgemeinden, Städte mit eigenem Statute, Ortschaften, Steuergemeinden, Verwaltungsgemeinden)[112]) und der von der Verwaltungsbehörde[113]) als öffentlich und gemeinnützig erklärten Anstalten (z. B. Spitäler, Findelanstalten, Volksküchen, Wärmestuben; siehe § 2 der Vdg. vom 6. Mai 1897 Nr. 153), insoweit die betreffenden Exekutionsobjekte[114]) nicht verpfändet sind oder ohne Beeinträchtigung der zu wahrenden öffentlichen Interessen zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers verwendet werden können (§ 15 E. O.),

[107]) Siehe die Zusammenstellung von Schauer, E. O. S. 34.

[108]) Gl. U. Nr. 11984; richtig erklärt daneben Gl. U. Nr. 12980 eine im Privateigentume stehende Realität als exequierbar, obwohl auf ihr eine Kapelle steht.

[109]) Die Urkundenedition spflicht (§ 308 ff. Z. P. O.) ist hiedurch nicht berührt, da es sich bei den Exekutionsbefreiungen nur um die Vollstreckung von Geldforderungen handelt.

[110]) Rabel in Grünhuts Zeitschr. XXVII. S. 131 ff.

[111]) Mitteis, Zur Kenntnis des literarisch-artistischen Urheberrechtes S. 28; v. Schuster, Grundriß des Urheberrechtes S. 31.

[112]) Der ausdehnenden Interpretation des terminus „Gemeinde" des § 15 E. O. im § 1 der Vdg. vom 6. Mai 1897 Nr. 153 kann nicht beigetreten werden; a. M. Neumann, Komm. II. S. 89.

[113]) Pfaff-Schey Nr. 298. — In der Regel die Bezirkshauptmannschaft, in Städten mit eigenem Statut die Landesbehörde.

[114]) Zu ihnen gehören die Gemeindeabgaben; Gl. U. Nr. 12264, 14270, 14464, 15250.

was von Fall zu Fall die Verwaltungsbehörde zu beurteilen hat (siehe auch § 39 Z. 4 E. O.);[115]) Vermögensbestandteile öffentlicher Verkehrsanstalten: diese unterliegen der Exekution nur, wenn hiedurch der Verkehr nicht gestört wird (§ 28 E. O., der den Nachdruck übrigens auf die Arten der Exekution legt, von denen der Regel nach die Zwangsverwaltung zulässig sein wird); ferner die Fahrbetriebsmittel fremder Eisenbahnen (Art. VIII Z. 9 Einf. Ges. zur E. O., der freilich nur deren „Pfändung", damit aber deren Exekution verbietet, da es sich um fremde Eisenbahnen handelt); Gegenstände eines Staatsmonopols, welche von Privaten verpflichtungsgemäß dem Staate abzuliefern sind (Art. VIII Z. 1 Einf. Ges. zur E. O.); die einzelnen zum Betriebe einer Apotheke unentbehrlichen Geräte, Gefäße und Warenvorräte, während die (kein Pfandrecht begründende)[116]) Zwangsverwaltung der Apotheke zulässig ist (§ 251 Z. 9 E. O.); die vom Lottokollektanten für Staatsrechnung eingehobenen Gelder, wenn es sich um Ansprüche gegen den Kollektanten handelt (Art. X Einf. Ges. zur E. O.).[117])

§ 7. Die Exekutionsmittel.

I. Durch die Exekution nimmt der Staat in Beschlag, sei es die Person, sei es das Vermögen des Verpflichteten. Diese Beschlagnahme hat den Zweck, zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers zu führen. Sie erreicht diesen Zweck unmittelbar nur dann, wenn der Anspruch gerade auf das ergriffene Exekutionsobjekt, z. B. auf das mit Beschlag belegte Pferd, gerichtet ist; in diesen Fällen ist der Weg der Beschlagnahme deutlich durch die Natur der Sache vorgezeichnet: das Gericht ergreift z. B. das Objekt und übergibt es dem betreibenden Gläubiger (§ 346 E. O.), oder es trägt das bücherliche Recht ohne die Zustimmung des Verpflichteten ein, auf dessen Eintragung der betreibende Gläubiger nach dem Exekutionstitel ein Recht hat (§ 350 E. O.) u. s. f. Dieser gerade Weg ist beschreitbar und als der ausschließliche Exekutionsweg vorgeschrieben, wenn der Anspruch auf „Herausgabe oder Leistung" dem Individuum oder der Gattung nach bestimmter beweglicher Sachen oder einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen (§ 346 E. O.), auf die „Überlassung oder Räumung von unbeweglichen Sachen, Gegenständen des Bergwerkseigentums und Schiffen" (§ 349 E. O.), auf Einräumung oder Aufhebung bücherlicher Rechte (§ 350 E. O.), auf Aufhebung einer Gemeinschaft und Grenzberichtigung (§ 351 E. O.) gerichtet ist; fakultativ gilt dieser Weg für Geldforderungen, nämlich dann, wenn bares Geld beim Verpflichteten gefunden wird (§ 261 E. O.).

---

[115]) Diese Exekutionsbefreiung kann auf den Staat selbst nicht ausgedehnt werden, da es an der Aufsichtsbehörde fehlt, welche das Charakteristikon der §§ 15, 28 E. O. ist.

[116]) R. Pollak, Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen S. 20 ff. — Siehe übrigens Entsch. Nr. 1501 J. M. V. Bl. 1898.

[117]) Bloß zeitliche Exekutionsbefreiungen gehören nicht in diesen Zusammenhang; siehe Art. VIII Z. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, IX Z. 5 Einf. Ges. zur E. O. Dagegen enthält § 39 Z. 3 E. O. (Exekution gegen Minderjährige) allerdings einen singulären Fall von Exekutionsfreiheit.

In allen anderen Fällen gibt es nur Umwege, sei es Pressionsmittel, wie die Geldstrafe und die Personalhaft (§§ 354 ff. E. O.), sei es die Verwertung, Versilberung der Exekutionsobjekte und die Zuwendung des Erlöses an den betreibenden Gläubiger. Welche Umwege da einzuschlagen, mit anderen Worten: welche Exekutionsmittel zulässig sind, das schreibt taxativ das Gesetz ebenso vor, wie es die Exekutionsobjekte und ihre Relation zu den einzelnen Arten der Vollstreckungsansprüche normiert. Nur innerhalb der vom Gesetze gezogenen Grenzen besteht wie da, so dort ein Parteienwahlrecht, und zwar bei den Exekutionsmitteln sowohl ein solches der betreibenden Gläubiger als auch, wenn auch im kleinen Umfange (§ 201 E. O.),[1]) der Verpflichteten.

Die Person des Verpflichteten darf nur durch das Exekutionsmittel der Haft in die Exekution einbezogen, zur Zwangsarbeit u. dergl. darf der Verpflichtete nicht angehalten werden (§§ 360, 386 E. O.).

Das Vermögen des Verpflichteten darf (abgesehen von den im ersten Absatze erörterten Fällen) nur im Wege der Spezialexekution, das heißt derart in die Exekution hereingezogen werden, daß die Beschlagnahme sich auf bestimmte, einzelne Vermögensstücke bezieht. Auch auf diese Weise kann das ganze schuldnerische Vermögen in Exekution gezogen werden, aber nicht wie bei der Generalexekution des gemeinen Rechtes als Ganzes, sondern nur als die Summe der einzelnen Vermögensstücke. Die Gesetzgebung in Österreich hat dieses System der Spezialexekution trotz der Schwierigkeiten, welche es der Verwertung der Exekutionsobjekte setzt (siehe II), deshalb gewählt, weil es eine zufriedenstellende Klarheit über die für jeden einzelnen betreibenden Gläubiger ergriffenen Exekutionsobjekte und den Rang an ihnen gewährt, während beim System der Generalexekution hier von Ihering köstlich erzählte, im Rechtsleben aber ungemein empfindliche Unsicherheiten sich ergeben; ferner ergreift die Generalexekution immer das ganze schuldnerische Vermögen, während die Spezialexekution ihren Zugriff nach der Höhe des befriedigungsbedürftigen Anspruches richten kann[2]) (§ 27 E. O.), somit dem Verpflichteten nicht mehr von der Dispositionsfreiheit über sein Vermögen entzieht, als nötig ist. Der Sache nach spielt die Spezialexekution eine Rolle nur bei der Exekution zur Hereinbringung von Geldforderungen.

Die Exekutionsmittel dieser Spezialexekution sind: die Pfändung, die Zwangsverwaltung, die Zwangsverpachtung, die Zwangsversteigerung.

Die Pfändung[3]) besteht in der Beschlagnahme des zu pfändenden Vermögensstückes durch das Gericht zu Vollstreckungszwecken; ihre Wirkung ist die Entstehung des Pfandrechtes.[4]) Die Form der Pfändung wechselt nach

[1]) v. Ohmeyer, Zwangsverwaltung statt Zwangsversteigerung (Jur. Bl. 1902 Nr. 3—6).

[2]) Vergl. Pfaff-Schey Nr. 298; Kassat. Entsch. Nr. 2510.

[3]) Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 97 ff.; Demelius, Pfandrecht an beweglichen Sachen I. S. 31 ff.; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I. S. 783 f.

[4]) So der Gesetzesbefehl (siehe z. B. § 256 E. O.) und damit übereinstimmend die herrschende Lehre; siehe Petschek S. 98 ff. (Literatur S. 105 Anm. 19);

der Art der ihr zugänglichen Exekutionsobjekte: bei verbücherten Immobilien und hypothekarisch sichergestellten Forderungen[5]) ist sie die Einverleibung (§§ 88, 320 E. O.); bei nicht verbücherten Immobilien die pfandweise Beschreibung der unbeweglichen Sache (§ 90 E. O.); bei körperlichen beweglichen Sachen einschließlich der Inhaberpapiere[6]) desgleichen die Verzeichnung im Pfändungsprotokolle (§ 253 E. O.); bei den im § 296 E. O. taxativ aufgezählten Forderungen „aus Wechseln[7]) und anderen Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können, . . . sowie aus nicht indossablen Schecks, kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheinen und aus Einlagebüchern von Banken, Spar- und Vorschußkassen" das Ansichnehmen des Papieres, welches noch nicht gepfändet ist, und die Verzeichnung desselben im Protokolle (§ 296 E. O.), nur die Pfändungsanmerkung im Pfändungsprotokolle, wenn es schon für einen anderen Gläubiger gepfändet ist (§ 300 E. O.); bei allen bisher nicht genannten Forderungen[8]) das Verbot an den Drittschuldner, dem Verpflichteten zu bezahlen[9]) (§ 294 E. O.); bei Ansprüchen des Verpflichteten, welche die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen zum Gegenstande haben, das gleiche Leistungsverbot (§ 325 E. O.); bei Patentrechten die Eintragung in das Patentregister (§ 23 des Ges. vom 11. Jänner 1897 Nr. 30, den § 331 E. O. abändernd); bei „anderen Vermögensrechten",[10]) zu denen beispielsweise Gewerbekonzessionen,[11]) Wirtschaftsrechte,[12]) Pachtrechte,[13]) Jagd- und Fischereirechte, Pflichtteilsansprüche[14]) gehören, das gleichartige Verbot an den Drittschuldner, und nur, wenn es keinen solchen bestimmten Dritten gibt, das Gebot an den Verpflichteten, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten[15]) (§ 331 E. O.). In allen Fällen gerichtlicher Pfändung bedarf es noch eines nachfolgenden Verwertungsverfahrens des Exekutionsobjektes, sei es des Verkaufes (der Zwangsversteigerung), sei es der Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung (§ 334 E. O.), sei es der Überweisung (§§ 303 ff. E. O.), damit das Exekutionsziel durch das Gericht erreicht werde.

Pollak, Zwangsverwaltung S. 16 ff.; a. M. Demelius a. a. O. S. 31 ff.; Horten in G. H. 1897 Nr. 23.

[5]) Petschek S. 87 ff. (mit richtigem Nachweise der allzuweiten Fassung des § 294 E. O.); Bartsch, Grundbuchsgesetz S. 107, 346 ff.; Z. E. Nr. 302; Pfaff-Schey Nr. 854, 1221.

[6]) Überzeugend Petschek S. 51 ff.; Neumann, E. O. S. 119; a. M. Pisko in Grünhuts Zeitschr. XXVI. S. 361 ff., der aber in Staub-Pisko II. S. 124 seine Ansicht zurückgenommen hat; Randa in G. Z. 1899 Nr. 21.

[7]) Im Sinne des Gesetzes auch Blankowechsel; Z. E. Nr. 217; a. M. Petschek I. S. 51.

[8]) Z. E. Nr. 32, 105; Pfaff-Schey Nr. 529.

[9]) Das Verfügungs- und Forderungsverbot an den Verpflichteten ist nur instruktionell; § 294 E. O.

[10]) R. Pollak, Zwangsverwaltung S. 4 ff.; Neumann, E. O. S. 172 ff.

[11]) Fischböck in G. Z. 1900 Nr. 8 ff.; 1902 S. 25 ff.; Pfaff-Schey Nr. 1243, 744; für unexequierbar erklärt in Pfaff-Schey Nr. 701, 708, 732, 759.

[12]) Pfaff-Schey Nr. 50.

[13]) Krainz II. S. 236 Anm. 17; E. Adler in Grünhuts Zeitschr. XXVII. S. 671 ff.

[14]) Pfaff-Schey Nr. 431.

[15]) Instruktionell ist auch die Aufnahme eines Pfändungsprotokolles vorgesehen (§ 331 E. O.).

Die Zwangsverwaltung[16]) besteht in der Einziehung der Nutzungen und Einkünfte des Exekutionsobjektes aus dessen Bewirtschaftung oder Verwaltung durch eine gerichtlich bestellte Person, den Zwangsverwalter, Sequester (§ 109 E. O.). Sie wird bei unbeweglichen Sachen einschließlich der Bergwerke durch die Einführung des Verwalters (§ 109 E. O.), eventuell schon durch die früher erfolgte Anmerkung der Zwangsverwaltung im Grundbuche[17]) (§ 98 E. O.) bewirkt, bei wirtschaftlichen Unternehmungen durch die Einführung des Verwalters (§§ 334, 343 E. O.); bei anderen Exekutionsobjekten ist sie unzulässig. Sie hat kein besonderes Verwertungsverfahren.

Die Zwangsverpachtung[18]) ist die Verpachtung eines Exekutionsobjektes durch das Gericht zu dem Zwecke, um aus der Pachtsumme den oder die betreibenden Gläubiger zu befriedigen. Sie ist als ein selbstständiges (siehe §§ 111 Abs. 2, 340 E. O.) Exekutionsmittel nur bei wirtschaftlichen Unternehmungen (§ 341 E. O.) zugelassen.

Die Zwangsversteigerung[19]) besteht im öffentlichen Verkauf des Exekutionsobjektes durch das Gericht[20]) an den Meistbietenden; aus dem Erlöse sind dann der oder die betreibenden Gläubiger zu befriedigen. Die Zwangsversteigerung ist als ein selbständiges Exekutionsmittel nur bei unbeweglichen Gütern (§ 133 E. O.) einschließlich der Bergwerke zulässig; sie kennt ebensowenig als die Zwangsverpachtung ein besonderes Verwertungsverfahren.

II. Diese Übersicht ergibt, daß das Exekutionsverfahren bald schon mit dem Verwertungsmittel (dem Verkaufe, der Verwaltung oder Verpachtung) beginnen darf (bei Immobilien) oder muß (bei wirtschaftlichen Unternehmungen), daß sie aber mit Ausnahme der letztgenannten stets mit der Pfändung beginnen kann und bei beweglichen Sachen damit beginnen muß. Für die Regel der Fälle setzt darum die Exekution jetzt wie im früheren Rechte mit der Sicherung durch Pfandrecht ein und schreitet dann zum Verwertungsverfahren, das sich mehr oder minder unmittelbar an die Pfändung anschließt. Auch dieses Verwertungsverfahren ist durchgängig von dem Grundsatze der Spezialexekution beherrscht: jedes Exekutionsobjekt muß also für sich allein verkauft, verwaltet, verpachtet, überwiesen werden. So zweckmäßig nun die Spezialexekution bei der Exekutionseinleitung ist, so bedenklich ist sie manchmal im Verwertungsverfahren, wenigstens, wenn es sich um die Verwertung durch den Verkauf handelt. Denn da erreicht der Verkauf aller einzelnen Stücke, z. B. aller

---

[16]) Kreis, Zwangsverwaltung (Jur. Bl. 1899 Nr. 7 ff.); R. Pollak, Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen, woselbst die Literatur; Leitfaden für Zwangsverwalter (amtlich); Z. E. Nr. 487; Fellner-Ohmeyer Nr. 283, 284, 693.

[17]) Über die Differenz zwischen §§ 98, 103 und 109 E. O. siehe R. Pollak, Zwangsverwaltung S. 24 ff.

[18]) Fischböck, Exekution auf konzessionierte Gewerbe (G. Z. 1902 S. 275).

[19]) Neumann, E. O. S. 225 ff.

[20]) Es gibt auch Zwangsversteigerungen durch die Verwaltungsbehörden; siehe Art. 311 H. G. B., § 34 des Lagerhausgesetzes vom 28. April 1889 Nr. 64.

Bücher aus einer Bibliothek, aller Briefmarken aus einer Sammlung, durchaus nicht den Wert der Bibliothek, der Sammlung. Darum erkennt die Exekutionsordnung, abweichend vom früheren Rechte, Ausnahmen vom Grundsatze der Spezialexekution an, die ihre Entstehung ähnlichen Erwägungen wie die Exekutionsbefreiungen verdanken: sie sollen überflüssige Wertvernichtungen im öffentlichen Interesse verhüten, Wertvernichtungen, welche dadurch entstehen, daß der Wert der Summe der einzelnen Exekutionsobjekte ihren Gesamtwert nicht erreicht. Das Gesetz ist hier nicht weit gegangen.

Das Liegenschaftszubehör darf nur mit dieser selbst in Exekution gezogen werden[21]) (§ 252 E. O.), so daß eine abgesonderte Exekution auf Objekte dann unzulässig ist, wenn sie Zubehör geworden sind, während die vordem begonnene Exekution gültig bleibt, wenn der erste Exekutionsakt noch vor dem Entstehen der Zubehörseigenschaft geschah. Die gleichen Normen gelten für das Bergwerkszubehör (§ 252 Abs. 2 E. O.), für Realservituten[22]) und für das zur Instandhaltung und zum Betriebe der Dampfschiffahrt-, Flußüberfuhr-, Telegraphen-, Telephon-Unternehmungen und öffentlichen Lagerhäuser gehörige, im Besitze und, wie selbstredend (siehe § 6), obwohl im Art. XI nicht normiert, Eigentum der Unternehmung befindliche Materiale (Art. XI Einf. Ges. zur E. O.). Die Liegenschaftserträgnisse dürfen nur mit der Liegenschaft in Exekution gezogen werden, wenn die Liegenschaft schon in Zwangsverwaltung steht[23]) (§ 103 E. O.).[24]) Wird diesen Normen[25]) zuwider dennoch eine Exekution geführt, so ist sie (und zwar von Amts wegen) einzustellen (§ 39 Z. 2, 5 E. O.), es sei denn schon die Verwertung der Exekutionsobjekte erfolgt (§ 367 a. b. G. B.; § 269 E. O.).

III. Verhinderung von Wertvernichtungen. Jede Exekution, welche andere Objekte als bares Geld erfaßt, muß sie verwerten, wenn sie der Hereinbringung von Geldforderungen dient. Diese Verwertung durch das Gericht ist (auch außer dem Falle sub II) nicht immer geeignet, einen dem Werte des Objektes angemessenen Preis zu erzielen; für die Verwertung durch die Versteigerung ist dies sogar notorisch. Nichtsdestoweniger beharrte die allgemeine Gerichtsordnung auf dem Grundsatze, daß die Exekutionsobjekte um jeden Preis, also auch tief unter dem wahren

---

[21]) Pfaff-Schey Nr. 571 (Möbel der zum Vermieten bestimmten Villa); Nowak III. Nr. 502 (Transportfässer sind Pertinenzen eines Brauhauses); über die Frage, ob Maschinen ein Zubehör des Fabriksgebäudes sind, siehe v. Neumann-Ettenreich, Zivilrechtliche Fragen S. 1 ff., woselbst S. 12—19 die Judikatur des Verwaltungsgerichthofes und des obersten Gerichtshofes zusammengestellt ist. — Vergl. auch noch Gl. U. Nr. 5519, 9625, 14066; a. M. Gl. U. Nr. 8478; nicht zu billigen Z. E. Nr. 492.

[22]) Gl. U. Nr. 2540, 13484.

[23]) Siehe Z. E. Nr. 240; Pfaff-Schey Nr. 797.

[24]) Über die Interpretation dieser Norm siehe R. Pollak, Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen S. 24 ff.

[25]) Nicht in ihren Kreis gehört Art. VIII Z. 10 Einf. Ges. zur E. O. (a. M. v. Fürstl II. S. 506 ff.), der nur Konsequenzen aus der Natur des Lagerscheines zieht.

Werte zu veräußern seien; sie suchte ganz fruchtlos solche Entwertungen dadurch zu verhindern, daß sie dieselben erst beim dritten Verwertungs- (Versteigerungs-) Termine gestattete. Über dieses System ist der Stab gebrochen. Nach einem deutschen Vorbilde wich zuerst das Gesetz vom 10. Juni 1887 Nr. 74 von ihm ab; noch mehr tut es die Exekutionsordnung. Sie sucht dem Übel auf zwei Wegen beizukommen: einmal durch Maßregeln zur Erzielung höherer Erlöse,[26]) dann dadurch, daß sie Verschleuderungsgrenzen festsetzt; werden diese nicht erreicht, so ist die Exekution einzustellen. Mit anderen Worten: der Vollstreckungsanspruch geht nur auf eine angemessene Verwertung der Exekutionsobjekte durch das Gericht, nicht auf eine Verwertung um jeden Preis.

Drei Normengruppen kommen hier in Betracht: § 39 Z. 8 E. O.; geringstes Gebot; Deckungsprinzip.

a) Der § 39 Z. 8 E. O. bestimmt: „... die Exekution (ist) einzustellen, wenn sich nicht erwarten läßt, daß die Fortsetzung oder Durchführung der Exekution einen die Kosten dieser Exekution übersteigenden Ertrag ergeben wird"; [27]) damit stimmt im wesentlichen (§ 124 E. O.) § 129 E. O. überein.[28]) Dieser Einstellungsgrund hat nur bei einem voraussichtlichen, nicht beim schon eingetretenen Mißerfolge der Exekution statt: ist es z. B. schon zur Versteigerung gekommen und ein Anbot gemacht worden, so darf jetzt der Zuschlag nicht deshalb versagt werden, weil nur die Kosten gedeckt sind; dies ergibt sich (trotz erheblicher Bedenken de lege ferenda) sowohl aus den Worten „erwarten läßt" im § 39 Z. 8 E. O. als auch daraus, daß bei einer anderen Auslegung ein unbehebbarer Widerspruch zu § 184 E. O. entstünde. Nach der Stellung im Gesetze scheint § 39 E. O. für alle Ansprüche zu gelten; das Wort „Ertrag" im § 39 Z. 8 E. O. beschränkt aber diese Geltung auf Geldforderungen.[29]) Dagegen gilt er in Abweichung von seinem Vorbilde, dem § 4 des Ges. vom 10. Juni 1887 Nr. 74 für alle Exekutionsobjekte, nicht bloß für bewegliche Sachen. Diese beabsichtigte Erweiterung hat im Zusammenhange mit anderen Abweichungen der Exekutionsordnung von dem zitierten Vorbilde die Interpretation des § 39 Z. 8 E. O. sehr erschwert. Nach dem Ges. vom 10. Juni 1887 hatten nämlich die Kosten einer Immobiliarexekution nur den Rang ihres Hauptanspruches; jene einer Exekution auf körperliche bewegliche Sachen dagegen waren ohne Rücksicht auf den Rang ihres Hauptanspruches an erster Stelle aus dem Verwertungserlöse zu befriedigen; und nun bestimmte für diesen letztgenannten Fall der § 4 des zitierten Gesetzes, daß die Exekution „zu unterbleiben" habe, falls die Kosten dieser Exekution nicht gedeckt seien. Darnach hatte es das Gericht leicht, zu ermessen, ob der Einstellungsgrund vorhanden sei: die fraglichen Kosten kamen ja

[26]) R. Pollak, Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen S. 1 ff.

[27]) Z. E. Nr. 197; Pfaff-Schey Nr. 273, 573. Weiter geht § 812 dtsch. Z. P. O.

[28]) A. M. Menestrina, l'accessione S. 158 Anm. 1 infolge einer irrigen Interpretation des § 39 Z. 8 E. O.

[29]) Im Resultat übereinstimmend Neumann, E. O. S. 425.

immer an erster Stelle. Für die Immobiliarversteigerung ist das aber jetzt wie früher (§ 216 E. O.) nicht der Fall, und dennoch soll nun auch auf sie § 39 Z. 8 E. O. Anwendung finden. Und bei den anderen Exekutionsobjekten hat jetzt (§§ 286, 120, 124, 315, 318, 327, 332 E. O.) nur mehr ein Teil der Exekutionskosten den ersten Befriedigungsrang,[30]) und dennoch verlangt § 39 Z. 8 E. O., daß auf „die Kosten dieser Exekution" Bedacht genommen werde. Die Schwierigkeit wird dadurch noch vergrößert, daß wir es hier mit einem individuellen („dieser" Exekution), nicht mit einem allgemein wirkenden Einstellungsgrunde zu tun haben, wie es z. B. § 39 Z. 2 E. O. ist. Infolgedessen ist dem § 39 Z. 8 E. O. nicht durch die Prüfung des zuerst geltend gemachten Vollstreckungsanspruches genügt; denn wenn auch für diesen der Einstellungsgrund nicht vorhanden ist, so kann er es doch für den zweiten oder dritten Vollstreckungsanspruch sein, und dann ist zwar nicht die erste, wohl aber die zweite oder dritte Exekution einzustellen.

Nun könnte das Gericht die Abhilfe in der einfachen Addition der mit Vollstreckungsansprüchen geltend gemachten Forderungen s. N. G. und Prozeßkosten einerseits und ihrer Vergleichung mit dem Werte der Exekutionsobjekte andererseits suchen; ergäbe sich darnach, daß eine die Deckung der Exekution übersteigende Verwertung der Exekutionsobjekte für eine (postlozierte) Forderung nach vernünftigem Ermessen ausgeschlossen ist, so wäre dann nach § 39 Z. 8 E. O. diese Exekution einzustellen. Mit dem Wortlaute des Gesetzes ließe sich diese Auslegung vereinbaren. Allein sie widerspräche seinem Sinne und dem Rechtsleben. Die eingetragenen Pfandrechte entsprechen nämlich durchaus nicht immer bestehenden Forderungen, namentlich nicht bei körperlichen beweglichen Sachen; der Unfug, daß das Pfandrecht trotz der Zahlung der Forderung noch appariert, ist zwar für körperliche bewegliche Sachen durch § 256 Abs. 2 E. O.[31]) jetzt erheblich eingeschränkt, besteht aber immer noch. Das Gericht, welches sich an das Pfändungsprotokoll oder an das Grundbuch hielte, um die Aussichten einer Exekution zu ermessen, bekäme also eine höchst unsichere Grundlage, und auf dieser soll es dann nach § 39 Z. 8 E. O. späteren Vollstreckungsansprüchen die Befriedigung versagen: weil ein Vorgänger fahrlässig war, darf der Nachfolger kein Pfandrecht erwerben. Eine solche Auslegung ist unzulässig, käme auch bei dem Pfandrechtserwerbe noch mit der Sicherungswirkung des richterlichen Pfandrechtes in Konflikt, und man muß sich darum entschließen, in gewiß den Intentionen des Gesetzgebers nicht entsprechender Weise den § 39 Z. 8 E. O. so einzuschränken, als ob es nicht hieße: „die Kosten dieser Exekution", sondern: „die Kosten der Exekution" auf diese Exekutionsobjekte; dann kommt es nur auf die Kosten des ersten betreibenden Gläubigers an. Ist ein Ertrag über diese Kosten[32]) hinaus nach ver-

[30]) Pfaff-Schey Nr. 335, 576.
[31]) Z. E. Nr. 99, 286, 365.
[32]) Welche darunter fallen, ist auch Anlaß des Streites; siehe Gl. U. Nr. 13847, 14227; Z. E. Nr. 197; Fellner-Ohmeyer Nr. 90, 91.

nünftigem Ermessen nicht ausgeschlossen, so darf vom Einstellungsgrunde des § 39 Z. 8 E. O. kein Gebrauch gemacht werden.[33])

Ist dagegen sein Tatbestand vorhanden, so ist die Exekution nicht zu bewilligen (arg. § 39 Abs. 2 E. O.), die bewilligte von Amts wegen einzustellen (§ 39 Abs. 2 E. O.), womit die gleichzeitige „Aufhebung aller bis dahin vollzogenen Exekutionsakte" verbunden ist (§ 39 E. O.). Durch diese freilich selten praktikablen Normen sollen ganz nutzlose Exekutionen vermieden werden. Die naheliegende Erwartung, daß die betreibenden Gläubiger derart aussichtslose Versuche nicht unternehmen werden, und daß es darum keiner Norm gleich § 39 Z. 8 E. O. bedürfe, war durch die Erfahrung widerlegt worden; ein solcher Versuch dient dann eben als Pressionsmittel. Um dessenwillen könnten Gläubiger sogar bereit sein, die Kosten solcher Exekutionen auf sich zu nehmen; ein solches in fraudem legis agere hindert aber die Anwendung des § 39 Z. 8 E. O. nicht.[34])

b) Das geringste Gebot[35]) bezeichnet die Summe, unter welcher ein Exekutionsobjekt nicht veräußert werden darf. Es verhindert Verschleuderungen, und zwar kraft zwingenden Rechtes; die Parteien dürfen es erhöhen, aber nicht vermindern. Seine Einführung in Österreich verdankt es gleichfalls dem Ges. vom 10. Juni 1887 Nr. 74; die Exekutionsordnung hat sein Anwendungsgebiet erheblich erweitert, ein geringstes Gebot für Liegenschaften (§ 151 E. O.), körperliche bewegliche Sachen (§§ 277, 280 E. O.), Gegenstände des Bergwerkseigentums (§ 244 E. O.), das Bergwerk sei denn außer Betrieb und (= oder?) unfahrbar (§ 245 E. O.), für veräußerliche Rechte (§ 330 E. O.) festgesetzt.[36]) Es beträgt ein Drittel des Schätzwertes,[37]) bei Häusern seine Hälfte, bei Landgütern und Grundstücken[38]) zwei Drittel desselben, eine aufsteigende Linie, welche den größeren Schutz des Real- vor dem Mobiliarbesitz und innerhalb des Realbesitzes des ländlichen vor dem städtischen Besitze bedeutet. Diese Differenz zu Gunsten des Realbesitzes steigert sich noch durch die Normen über die Ermittlung des Schätzwertes. Für bewegliche Sachen ist er der Bruttowert des betreffenden Stückes (§§ 275, 280 E. O.; § 230 a. b. G. B.; § 332 E. O.), weil die Exekutions-

---

[33]) Der Einstellungsgrund des § 129 Abs. 2 E. O. beruht auf denselben wirtschaftlichen Erwägungen; siehe über Details Menestrina S. 157 ff.

[34]) Neumann, E. O. S. 425; a. M. Steinbach S. 50.

[35]) Paupié, Lastenübernahme und Schätzwert; Neumann, E. O. S. 115 ff.; 249 ff.; Pick, Die Immobiliarschätzung (in Grünhuts Zeitschr. XXIII. S. 229 ff.; historisch).

[36]) Kein geringstes Gebot gibt es bei der Forderungsexekution (§ 318 E. O.).

[37]) „Gold- und Silbersachen dürfen — überdies — nicht unter ihrem Metallwerte zugeschlagen werden" (§ 277 E. O.).

[38]) Die Begriffe sind vom Gesetze nicht definiert, daher nach dem Leben zu bestimmen; vergl. Neumann, E. O. S. 242; Z. E. Nr. 444 (unter „Häusern" sind nur jene Gebäude gemeint, welche in Städten, Märkten oder anderen größeren Orten gelegen sind und nicht landwirtschaftlichen Zwecken dienen); Nr. 403; Fellner-Ohmeyer Nr. 361 (Baugründe und Baustellen sind gleich Häusern zu behandeln).

ordnung nichts anderes bestimmt. Anders steht es bei Immobilien.[39]) Hier ist neben dem Bruttoschätzwerte noch ein Nettoschätzwert dadurch zu ermitteln, daß die Ertragsminderung[40]) durch die in natura zu übernehmenden Servituten und Reallasten vom Bruttowerte abgerechnet wird (§ 144 E. O.). Arg. des § 150 E. O. ist dann der Nettowert der Berechnung des geringsten Gebotes zugrunde zu legen;[41]) das bedeutet eine Verminderung desselben und darum anscheinend eine Erleichterung seiner Versteigerung; aber wenn der Nettowert (wie nicht selten) gleich Null ist, kann kein geringstes Gebot gebildet werden und die Versteigerung muß unterbleiben.

c) Das Deckungsprinzip[42]) geht davon aus, eine Vollstreckung sei im Sinne des betreibenden Gläubigers dann überflüssig, wenn sie nicht ihm eine teilweise Befriedigung bringe, ihn ganz oder teilweise decke. Einem ähnlichen Gedanken entspringt § 39 Z. 8 E. O.; für die Immobiliarversteigerung findet er nun seine Ergänzung, der Vollstreckungsanspruch seine Beschränkung in folgender Norm: wenn „das höchste Anbot nicht ausreicht, um die pfandrechtlich sichergestellte, dem betreibenden Gläubiger vorausgehende Forderung (eines) Gläubigers samt ihren Nebengebühren[43]) voll zu berichtigen", so wird zwar (anders als beim geringsten Gebote) der Zuschlag nicht von Amts wegen versagt, aber es vermag dieser Gläubiger die Zuschlagserteilung an den Meistbietenden zu verhindern[44]) und die Einstellung des Versteigerungsverfahrens zu erzwingen (§§ 184 Z. 8, 193 E. O.). Die ratio ist: der betreibende Gläubiger könnte dann aus der Exekution nichts zu seiner Befriedigung erhalten und soll seinen Vollstreckungsanspruch nicht zum Schaden seines Vormannes ausnützen dürfen. Wir haben es hier sozusagen mit einem exekutionsrechtlichen Nachbarrechte zu tun, dessen Notwendigkeit dem gemeinen Rechte noch fremd war, und das zum erstenmale in einem württembergischen Gesetze vom Jahre 1879 erscheint. Sein Ursprung ist also in Deutschland zu suchen,[45]) sein Entstehungsgrund in der Überschuldung von Grund und Boden. Die Exekutionsordnung ist vom Vorbilde erheblich abgewichen. Sie knüpft dieses Widerspruchsrecht nämlich nicht an den wirklichen, sondern an den wahr-

---

[39]) Paupié a. a. O.; Ehrenzweig in G. Z. 1897 Nr. 42, 49; Sturm i. e. l. Nr. 35, 49 (die beiden letzten über die Berücksichtigung nicht verbücherter Servituten).

[40]) Einen anderen Maßstab legt § 227 E. O. an; Ehrenzweig a. a. O. Nr. 49.

[41]) Neumann, E. O. S. 249; Sturm a. a. O. S. 291 ff.; a. M. Paupié S. 67, mit sehr einsichtigen, aber nur de lege ferenda verwertbaren Gründen. Von der Ansicht des Textes geht auch § 30 Realschätzungsordnung aus.

[42]) Klieneberger, Das Deckungsprinzip (Jur. Bl. 1900 Nr. 10 ff.); Renner in Jur. Bl. 1899 Nr. 20 f.; Sernec, Wirkungen der Priorität (G. H. 1897 Nr. 9); Neumann, E. O. S. 287 ff. Bei den parlamentarischen Beratungen hat eine Denkschrift v. Grabmayers (Landwirtschaft und Realexekution) mit Recht Eindruck gemacht (Materialien II. S. 655 ff.).

[43]) Hierunter sind, abweichend von § 912 a. b. G. B., auch die Prozeßkosten verstanden.

[44]) Nicht bei einer Wiederversteigerung (§ 190 E. O.; der Grund liegt im § 155 E. O.) und bei außer Betrieb gesetzten und unfahrbaren Bergbauen (§ 245 E. O.).

[45]) R. Schmidt, Lehrbuch S. 647 ff.

scheinlichen Schaden des Widersprechenden: ob er durch das höchste Anbot voll gedeckt ist, wird nämlich nicht nach dem jetzigen, genauen Stande, sondern nach dem Ergebnisse einer eigenen früheren Lastenstandsfeststellung (§§ 164 ff. E. O.) geprüft, und diese ergibt absichtlich nur ein ungefähr richtiges Resultat auf Grund einer summaria cognitio (§ 165 E. O., insbesondere das Wort „voraussichtlich").

§ 8. Der Teilnahmeanspruch.[1])

Er spielt nur im Exekutionsverfahren eine Rolle.

An denselben Exekutionsobjekten können mehrere Personen ihre Vollstreckungsansprüche ausgeübt haben; diese sind dann insgesamt betreibende Gläubiger (siehe § 33). Daneben aber können Personen an den Exekutionsobjekten privatrechtliche iura in re aliena ohne einen Vollstreckungsanspruch haben. Diese wollen oder betreiben im Gegensatze zu den betreibenden Gläubigern die Exekution nicht, aber sie sind doch an den Vorgängen bei der Exekutionsdurchführung interessiert, weil durch sie, z. B. durch eine Versteigerung ihre iura in re aliena, etwa die vertragsmäßigen oder gesetzlichen Pfandrechte, Servituten u. dergl. betroffen werden können. Sie heißen darum die (an der Exekution) Beteiligten (§ 73 E. O.) und das Gesetz berücksichtigt bald ihre Interessen von Amts wegen (siehe z. B. § 150 E. O.), bald verleiht es manchen von ihnen einen Rechtsschutzanspruch zu dem gleichen Zwecke (Teilnahmeanspruch).

Seine Voraussetzung ist das ius in re aliena ohne einen Vollstreckungsanspruch. Sein Inhalt ist das Recht auf Zuziehung des Beteiligten zu bestimmten Teilen des Exekutionsverfahrens, stets zur Verteilung des Exekutionserlöses, in gewissen Fällen schon zum Verwertungsverfahren, damit der Beteiligte an der Erhöhung des Erlöses, an der sachgemäßen Verwertung des Exekutionsobjektes ähnlich wie ein betreibender Gläubiger mitarbeiten könne.[2])

Über die einzelnen Beteiligten siehe § 23 II.

§ 9. Der Sicherungsanspruch.

I. Es gibt Situationen, in welchen jemandem noch kein Urteils- oder Vollstreckungsanspruch zur Verfügung steht, oder in denen dieser doch noch nicht entscheidungsreif ist, während der Betreffende schon jetzt der Sicherung von Tatsachen oder der Erhaltung einer bestimmten Situation bedarf, um in der Folge den Urteils- oder den Vollstreckungsanspruch mit Erfolg geltend machen zu können; es droht z. B. ein Zeuge, dessen der Kläger bedarf, zu sterben; ein Schuldner macht Anstalten, die Einrichtung seiner

---

[1]) Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 160 ff. (von dem der hier abgekürzte terminus Vollstreckungsteilnahmeanspruch stammt); Weißkopf, Der Umfang des exekutiven Forderungspfandrechtes bei Exekution in überschießende Forderungen (in Grünhuts Zeitschr. XXVIII. S. 290 ff.); Menestrina, l'accessione nell' esecuzione (1899) S. 10 ff.

[2]) Siehe vorläufig Petschek a. a. O., woselbst auch die weitere Literatur angegeben ist.

Wohnung zu veräußern. Eine ähnliche Notwendigkeit kann auch beim Gegner eintreten, dem die Geltendmachung eines Urteils- oder Vollstreckungsanspruches droht. Das Gesetz hat zweckmäßigerweise solchen Notwendigkeiten zu entsprechen; wenn, wie in solchen Fällen, die Gefahr im Verzuge, also eine Gefahr in der normalen Anspruchsprüfung und Entscheidung liegt, muß ein sofortiges, erleichtertes Prozedieren möglich sein.

Ein solches ermöglicht der Sicherungsanspruch. Sein Inhalt ist auf die Sicherung von Tatsachen, einer Situation oder auf jene einer künftigen Zwangsvollstreckung gerichtet; seine Voraussetzungen sind in den taxativ genannten Fällen verschieden, daher bei ihnen zu besprechen.

II. Die Tatsachensicherung[1]) erfolgt durch antizipierte gerichtliche Beweisaufnahmen, also durch solche, welche nicht an jener Stelle, zu jenem Zeitpunkte geschehen, in welchem sie bei einer normalen Prozeßführung zu erwarten sind; sie sind überdies von den normalen Beweisaufnahmen auch durch den Mangel eines Beweisbeschlusses (§ 277 Z. P. O.) und dadurch unterschieden, daß ihnen keine Prüfung der österreichischen Zuständigkeit für den Hauptprozeß und keine solche der Relevanz der zu sichernden Tatsachen für eine etwaige gerichtliche Entscheidung vorhergeht (§ 384 Z. P. O.); diese sind vielmehr ohne Rücksicht auf ihre Relevanz und ohne Beweisbeschluß zu sichern, und es bleibt der Zukunft die Entscheidung überlassen, ob von dem Ergebnisse dieser Tatsachensicherung je ein gerichtlicher Gebrauch gemacht werden wird. Diese Vernachlässigungen sind nötig, soll es überhaupt derartige Tatsachensicherungen geben, weil die Vornahme der Prüfung gerade jenes komplizierte Verfahren herbeiführen würde, welches den in concreto gefahrvollen Verzug bedeutet.

Von den vier Fällen dieser Gruppe gehören die zwei ersten dem Erkenntnis-, der dritte dem Exekutions-, der vierte dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit an. Die Tatsachensicherung ist zulässig:

a) Bei der Besorgnis des Verlustes oder der erschwerten Benutzung eines bestimmten Beweismittels folgender Arten: Augenschein, Sachverständige, Zeugen (§§ 183, 384 Z. P. O.); die Parteivernehmung ist im Wege der Beweissicherung zwar nicht begrifflich[2]) (siehe § 383 Z. P. O.), aber nach dem Befehle des § 384 Z. P. O. unzulässig; über die Sicherung des Urkundenbeweises siehe d.

Der Tatbestand dieses Sicherungsanspruches besteht lediglich in der Behauptung eines individualisierten oder eines drohenden individualisierten Urteilsanspruches und in der Bescheinigung der Besorgnis,[3]) die oben genannt wurde. Ob der Anspruch besteht und ob er auch nur wahrscheinlich ist, ist gleichgültig, ebenso ob die durch die gefährdeten Beweismittel festzustellenden Tatsachen für diesen Anspruch relevant sind oder sein können, ebenso ob die Klage schon eingebracht ist oder nicht; ebenso

[1]) Pfaff-Schey Nr. 324, 356. Die frühere Rechtssprache nannte die Beweissicherung eine Beweisführung zum ewigen Gedächtnisse.

[2]) A. M. Demelius S. 547.

[3]) Beispiele: Gefährliche Krankheit, bevorstehende Abreise des Zeugen, drohende Veränderung des Augenscheinobjektes.

irrelevant endlich ist, ob es wahrscheinlich ist, daß diese Beweismittel die festzustellenden Tatsachen (das Beweisthema) positiv oder negativ feststellen werden; die rein prozeßrechtliche Natur dieses Sicherungsanspruches ist demnach klar. Nur dann ist er zu versagen, wenn die Besorgnis objektiv unbegründet oder unwahrscheinlich, oder wenn der Anspruch unmöglich oder unerlaubt ist, nicht auch dann, wenn die Beziehungen zwischen dem Anspruche und dem Beweisthema nicht ermittelbar sind. Das Gesetz sucht den Schutz gegen leichtfertig erhobene Sicherungsansprüche nicht in dieser einen solchen Urteilsanspruch wegen ihrer Weitwendigkeit gefährdenden Prüfung, sondern darin, daß der Sicherer dem Gegner zunächst die Kosten der Beteiligung an der Beweissicherung („an der Beweisaufnahme," sagt § 388 Z. P. O., nur den normalen Fall bedenkend, zu enge)[4] jedenfalls zu ersetzen[5] und die eigenen zu tragen hat, beides nur vorbehaltlich ihres Rückersatzes, falls der Sicherer im Erkenntnisverfahren das Beweisergebnis verwerten kann und obsiegt (§ 388 Z. P. O.). Den Wert dieser Beweisführung sucht das Gesetz nicht nur dadurch zu heben, daß das Gericht den Beweis aufnimmt, sondern auch dadurch, daß wenn möglich der Gegner der Beweisaufnahme zuzuziehen ist (§§ 386, 387 Z. P. O.). Das Ergebnis der Beweissicherung ist in einem Protokolle niederzulegen.[6] Insoweit es sich um den Augenschein und um Sachverständige handelt, kann dann dieses Ergebnis in einem künftigen Erkenntnisverfahren von Amts wegen, stets kann es auf Antrag einer der Parteien herangezogen werden (§ 389 Z. P. O.), und zwar auch dann, wenn dieses Erkenntnisverfahren nicht jenen Urteilsanspruch betrifft, welcher bei der Beweissicherung in Aussicht genommen war; in allen Fällen muß aber der Verwertung im Erkenntnisverfahren ein Beweisbeschluß vorhergehen (§ 277 Z. P. O.).

Neben diesem Sicherungsanspruch steht noch eine Beweissicherung von Amts wegen mit denselben Beweismitteln und aus der gleichen Besorgnis; nur ist diese Beweissicherung erst nach der erhobenen Klage und nur bei vermutlicher Relevanz des Themas der Beweissicherung, überdies trotz des Vorhandenseins beider Elemente bei Zeugen nur dann zulässig, wenn sich nicht beide Prozeßparteien dawider ausgesprochen haben[7] (§ 183 Z. P. O.). Sie ist also von Amts wegen in wesentlich engeren Grenzen zulässig als auf Antrag; sind aber diese engeren Grenzen eingehalten, so muß[8] das Gericht[9] sie durchführen.

b) Zur Feststellung der Beschaffenheit eines Werkes oder einer Sache (§ 384 Z. P. O.; Art. XLIV Einf. Ges. zur Z. P. O.; Art. 348, 365,

---

[4]) A. M. Pfaff-Schey Nr. 254.

[5]) Pfaff-Schey Nr. 107, 1067 (Kosten des Nebenintervenienten im Beweissicherungsverfahren).

[6]) Über das Verfahren siehe § 388 Abs. 1 Z. P. O., Z. E. Nr. 119; Pfaff-Schey Nr. 254, 289.

[7]) Ihre Zustimmung ist aber nicht erforderlich.

[8]) Trotz des Wortes „kann" im § 183 Z. P. O.; Demelius S. 345; R. Pollak, Konzentration der mündlichen Streitverhandlung (G. Z. 1900 S. 266).

[9]) Bei Gerichtshöfen der Vorsitzende.

407 H. G. B.), und zwar nur auf Antrag, sei es des Übergebers, sei es des Übernehmers des Werkes oder der Sache.

Als Übergeber können unter anderen Verkäufer, Kommissionäre, Spediteure, Frachtführer, Arbeiter fungieren, als Übernehmer Käufer, Kommissionäre, Spediteure, Arbeiter. Der Übergeber begründet den Sicherungsanspruch durch die Behauptung, daß aus Mängeln der Sache (des Werkes) ein privatrechtlicher Anspruch erhoben werde, der Übergeber im Falle des Art. 407 H. G. B. (Frachtführer) durch die Behauptung, daß der Adressat des Gutes nicht auszumitteln ist, oder in allen Fällen durch die Behauptung, daß ihm eine Mängelanzeige zugekommen ist;[10] diese Behauptungen sind auf gerichtliches Verlangen glaubhaft zu machen (§ 386 Abs. 1 Z. P. O.). Dagegen wird (arg. § 384 Abs. 2 Z. P. O.: „... auch ohne daß letztere Voraussetzungen vorliegen") trotz des allgemein lautenden § 386 Abs. 3 Z. P. O. keine Besorgnis einer Zustandsveränderung, ja nicht einmal deren Behauptung gefordert;[11] die Abhilfe gegen leichtfertige Sicherungsanträge wird auch hier nur in der Kostenfrage gesucht. Zulässig sind als Beweismittel der Augenschein, Sachverständige, Zeugen.

c) Zur Sicherung des Anspruches des Bestandgebers auf seinen Bestandzins (Art. XIII Z. 6 Einf. Ges. zur E. O.; Hofd. vom 5. November 1819, J. G. S. Nr. 1621).

Der Sicherungsanspruch wird durch die Erhebung der Bestandzinsklage ohne jede Bescheinigung begründet; sein Inhalt besteht in dem Verlangen nach der sofortigen pfandweisen Beschreibung der Objekte des gesetzlichen Pfandrechtes des Bestandgebers. Hierin liegt keine Exekution zur Sicherstellung,[12] da das Pfandrecht des Bestandgebers schon besteht, nicht erst durch die pfandweise Beschreibung entsteht (§ 253 E. O.), aber auch keine einstweilige Verfügung[13] im Sinne der §§ 378 ff. E. O., weil die Gefahr einer Zustandsänderung (§ 379 E. O.) nicht zu den Voraussetzungen einer pfandweisen Beschreibung gehört, und weil nur eine Tatsachensicherung vorliegt; denn es dient diese Beschreibung zur Sicherung des Beweises[14] dafür, welche Pfandobjekte in dem nach § 1101 a. b. G. B. entscheidenden Zeitpunkte der Klageinbringung vorhanden sind. Der Inhalt des Hofdekretes besagt dies deutlich, und es deckt sich diese Auffassung auch vollständig mit der im J. M. Erl.

[10]) Das Gesetz textiert dies etwas anders und nicht in genauer Übereinstimmung mit dem Handelsgesetzbuche; im wesentlichen ist die Norm des § 384 Abs. 2 Z. P. O. nur eine Ausdehnung der bisherigen handelsrechtlichen Normen auf das ganze bürgerliche Recht.

[11]) Demelius S. 547; Neumann, Komm. I. S. 737; a. M. anscheinend Schauer, E. O. S. 671 Anm. 2.

[12]) Krainz I. S. 786; Pfaff-Schey Nr. 845; O. G. H. vom 11. Oktober 1898, Z. 13066, Fellner-Ohmeyer Nr. 609; a. M. Drahomirecky in Jur. Bl. 1898 Nr. 37; Krapf in Jur. Bl. 1898 Nr. 38, 41; Mück, Die einstweiligen Verfügungen S. 31; v. Fürstl II. S. 719.

[13]) A. M. Krainz I. S. 786 Anm. 17; Neumann, E. O. S. 478; der im Texte zitierte J. M. Erl. vom 6. März 1902.

[14]) Coulon, Über das gesetzliche Pfandrecht des Bestandgebers S. 50 f.; wohl auch Petschek, Selbstrealisierung verpfändeter Wechsel (in Jur. Vrtjschr. XXXII. S. 72); Pfaff-Schey Nr. 923.

vom 6. März 1902, Z. 4112/2, mitgeteilten Entstehungsgeschichte des Hofd. vom 5. November 1819, J. G. S. Nr. 1621.

d) Zur Urkundenerneuerung (§ 317 Z. P. O.). Dieser Sicherungsanspruch ist auf die Erneuerung unleserlich oder schadhaft gewordener Privaturkunden gerichtet, ohne Rücksicht darauf, ob sie Dispositiv- oder Zeugnisurkunden sind, und ohne Rücksicht darauf, ob der Anspruchsberechtigte auch einen privatrechtlichen Anspruch auf die Urkundenerneuerung, oder ob er überhaupt einen durch die Urkunde gestützten Privatrechtsanspruch hat. Die bloße Tatsache, daß die Urkunde schadhaft oder unleserlich geworden ist, berechtigt zur Geltendmachung dieses Sicherungsanspruches.

Derselbe verlangt aber vom Gerichte nicht die Urkundenerneuerung, sondern nur die Durchführung des hiezu erforderlichen Verfahrens; die Urkundenerneuerung soll — auf Kosten des Antragstellers — der zum Verfahren beizuziehende Urkundenaussteller vornehmen. Dieser aber darf in diesem Sicherungsverfahren nicht hiezu gezwungen werden (§ 317 Abs. 2 Z. P. O.), wodurch sich diese Beweissicherung als ein Versuch einer solchen, als ein Akt der iurisdictio voluntaria kennzeichnet. Ob der sich weigernde Aussteller auf die Urkundenerneuerung dann geklagt werden kann, hängt vom materiellen Rechte ab; aus § 317 Z. P. O. fließt wider ihn kein Urteilsanspruch.[15])

Die geringe Bedeutung dieses Tatsachensicherungsanspruches erklärt sich aus der Konkurrenz der Rechtsbehelfe der §§ 228, 236, 259 Z. P. O. (Feststellungsansprüche), sein Ausschluß für öffentliche Urkunden aus der offenstehenden Möglichkeit, stets Duplikate solcher zu erhalten.

III. Der Rechtsschutzanspruch auf die Sicherung durch einstweilige Verfügungen[16]) bezweckt keine Beweissicherung, sondern die Sicherung eines bestehenden Zustandes, sei es damit dieser um seiner selbst willen (z. B. bei Besitzprozessen; § 458 Z. P. O.; § 381 Z. 2 E. O.), sei es damit er um der künftigen Exekution eines Anspruches willen[17]) unverändert erhalten werde[18]) (§§ 379, 381 E. O.); zur Erreichung dieser Zwecke werden vom Gerichte gewisse Handlungen, eben die einstweiligen Verfügungen, durch den Rechtsschutzwerber (gefährdete Partei, § 378 E. O.)

[15]) Wachtel S. 299; a. M. Demelius S. 490: durch § 317 Z. P. O. sei eine privatrechtliche Verpflichtung des Urkundenausstellers zu ihrer Erneuerung begründet; aber man sieht darnach keinen Zweck des Verfahrens des § 317 Abs. 1 Z. P. O. ab, noch eine Erklärung des Wörtchens „nur" im § 317 Abs. 2 Z. P. O. Anders das frühere Recht; siehe v. Canstein, Lehrbuch I. S. 16; Ullmann, Das (frühere) Zivilprozeßrecht S. 302 f.

[16]) Neumann, E. O. S. 450 ff.; Krainz I. S. 528 ff.; v. Neumann-Ettenreich in G. Z. 1900 S. 407 ff.; Petschek in Not. Z. 1900 Nr. 50 ff.; Beck, Zehn Abhandlungen S. 91 ff.; Mück, Die einstweiligen Verfügungen (1901); Münz in G. H. 1902 Nr. 34 ff.; Juster, Der Anspruch als materielle Voraussetzung der einstweiligen Verfügungen (G. Z. 1902 Nr. 49 ff.). Vergl. auch Merkel, Über Arrest und einstweilige Verfügungen.

[17]) Z. E. Nr. 127; Pfaff-Schey Nr. 62, 512.

[18]) Sie sind sorgfältig von den privatrechtlichen Kautionsansprüchen zu unterscheiden; siehe z. B. § 1245 a. b. G. B.

gefordert. Die Institution verfolgt, wie schon ihr Name sagt, nur vorübergehende Zwecke; ihr Rechtsschutzanspruch ist darum zeitlich beschränkt (§ 391 E. O.), in dieser Beschränkung aber sowohl vor als auch während eines Erkenntnis- oder Exekutionsverfahrens zulässig.

Durch die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes soll mittelbar ein materiellrechtlicher Anspruch gesichert werden. Aber es verzichtet das Gesetz aus sub 2 erörterten Gründen auf die Feststellung, ob dieser Anspruch besteht, und begnügt sich mit der Behauptung und Bescheinigung seiner Existenz, so daß als Voraussetzung der Verfügung nicht der Anspruch,[19]) sondern dessen (wenigstens teilweise) Bescheinigung erscheint; freilich ist das kein gedanklicher Verzicht, sondern ein solcher aus Gründen der Praktikabilität: denn ohne einen solchen materiellrechtlichen Anspruch als wenigstens angenommene Grundlage verlöre die einstweilige Verfügung jeden Zweck. Welche Ansprüche sicherbar sind, sagt das Gesetz nicht. Es muß darum die Frage aufgeworfen werden, ob dieses Sicherungsverfahren dem Erkenntnis- oder dem Exekutionsverfahren äquipariert, ob nur Zivilprozeßsachen oder auch alle Vollstreckungssachenden zu sichernden Ansprüchen zugrunde liegen können, oder, etwas ungenau gesprochen: ob die einstweiligen Verfügungen nur für privatrechtliche vollstreckbare Ansprüche zur Verfügung stehen? Diese Beschränkung ist abzulehnen.[20]) Denn die Beschränkung auf Zivilprozeßsachen ist gegen das aus § 378 E. O. („... vor Einleitung des Rechtsstreites") anscheinend fließende Argument schon durch § 382 Z. 8 E. O. widerlegt. Damit ist aber jedes Argument für eine Beschränkung des Sicherungsanspruches auf einzelne der möglichen Exekutionstitel abgelehnt; sollen doch alle einstweiligen Verfügungen in der Regel die künftige Exekution sichern, so daß lege non distinguente nicht abzusehen ist, warum nur ein Teil der in den §§ 1, 2 E. O. genannten Ansprüche dieser Sicherung teilhaftig werden sollte. Dagegen vermag allerdings ein Anspruch, welcher in das Ausland auf den Rechtsweg gewiesen oder dort auf dem Rechtswege befindlich ist, oder der sonstwie nur im Auslande zum Exekutionstitel werden sollte, keinen Anspruch auf einstweilige Verfügungen zu begründen; zwar sagt das Gesetz auch das nicht expresse, allein hier ergibt es sich aus § 381 Z. 1 E. O. („wenn das Urteil im Auslande vollstreckt werden müßte"),[21]) aus der grundsätzlichen Ablehnung auch nur der Exekution zur Sicherstellung auf Grund ausländischer Exekutionstitel (Ausnahme für Kroatio-Slavonien), und aus der Erwägung, daß kein Grund dafür besteht, im Inlande die Exekution auf Grund künftiger ausländischer Exekutionstitel zu sichern.

Ergebnis: Alle Ansprüche, welche zu einem inländischen[22]) Urteils- oder Vollstreckungsanspruche führen können, vermögen zu einem Rechtsschutzanspruche auf einstweilige Verfügungen zu führen. Diese (materiellrechtlichen)

[19]) A. M. Juster in G. Z. 1902 S. 427.

[20]) A. M. Juster a. a. O.; Mück S. 31; beide ohne eine Begründung zu geben.

[21]) Freilich nur für Nichtgeldforderungen ausgesprochen.

[22]) Darüber wird der nach § 389 E. O. zu stellende Antrag das Nötige zu enthalten haben.

Ansprüche zerfallen in Geldforderungen und andere Ansprüche, eine Einteilung, auf welche die Exekutionsordnung die Zulässigkeit bestimmter einstweiliger Verfügungen aufbaut, so daß die Zugehörigkeit eines Anspruches zu den Geld- oder zu den anderen Ansprüchen jedesmal relevant ist. Sie ist natürlicherweise eine quaestio facti; doch kann man sicher zu den Geldforderungen den Anspruch auf das Geldinteresse (siehe § 368 E. O.) und auf die Geldleistung einer Alternativobligation zählen, und zwar arg. § 12 E. O. letztere auch dann, wenn der Schuldner das Wahlrecht hat; dagegen gehört die facultas alternativa nicht zu den Geldforderungen, da der Gläubiger auf sie kein Recht hat.

1. Die einstweiligen Verfügungen sichern; das ist ihre ausschließliche Zwecksbestimmung; die Situation soll durch sie weder verbessert noch verschlechtert werden, sondern ungeändert bleiben. Auch soll diese Erhaltung des derzeitigen Standes nicht über die Beziehung zwischen den beiden Parteien (der gefährdeten Partei und ihrem Gegner) hinausgreifen, etwa in die Rechte anderer Gläubiger eingreifend. Indem die Exekutionsordnung diese Sätze unverrückt festhielt, versagt sie konsequenterweise der einstweiligen Verfügung jede absolute, insbesondere jede dingliche Wirkung,[23]) also auch die hier zunächst in Frage kommende eines richterlichen Pfandrechtes; sie stattet diese Verfügungen mit keinem Range für die Befriedigung aus einem etwaigen Erlöse der Sache aus; sie läßt diese Verfügung auch mit dem Konkurse hinfällig werden,[24]) da man hier ihrer sichernden Kraft nicht mehr bedarf. Damit sind die einstweiligen Verfügungen scharf nicht nur von der Exekution (zur Befriedigung), sondern auch von jener zur Sicherstellung geschieden, eine reinliche Scheidung, zu welcher weder das gemeine[25]) noch das deutsche[26]) Recht sich durchgearbeitet hat, welche sich aber schon im früheren österreichischen Rechte findet (siehe schon Hofd. vom 5. April 1791, J. G. S. Nr. 1345). Mit dieser reinlichen Scheidung ist keinem theoretischen, wohl aber sehr praktischen Bedürfnissen Rechnung getragen. Die einstweiligen Verfügungen sind nämlich notwendigerweise an leichtere Voraussetzungen geknüpft als selbst eine Exekution zur Sicherstellung; räumte ein Gesetz nun jenen dennoch eine dingliche Wirkung ein, so verstärkte es dem Sicherungswerber den Anreiz zu ihrer Erschleichung, gefährdete hiedurch den Verpflichteten und — wegen des Befriedigungsranges — Dritte; namentlich verstärkte aber ein solches Gesetz die leider nie ganz behebbarweise Pressionswirkung einer einstweiligen Verfügung: sie fällt ja stets lästig und wird es umsomehr, je einschneidender ihre Wirkungen sind.

Für Geldforderungen, zu denen sinngemäß auch Hypotheken zu zählen sind, läßt das Gesetz nur bestimmte[27]) einstweilige Verfügungen zu; für

[23]) Z. E. Nr. 127.

[24]) R. Pollak, Konkursrecht S. 205 f.

[25]) Linde, Lehrbuch S. 436 ff.; Danz, Grundsätze der summarischen Prozesse (3. Ausg.) S. 179 ff.; a. M. v. Neumann-Ettenreich a. a. O. S. 407.

[26]) Siehe Merkel, Arrest und einstweilige Verfügungen S. 3 ff.

[27]) Z. E. Nr. 473; Pfaff-Schey Nr. 614; E. Adler in Grünhuts Zeitschr. XXVII. S. 679. — § 379 letzter Abs. E. O. ist mindestens überflüssig; Krainz I. S. 826 Anm. 2.

andere Ansprüche stellt es ihre Formen — mit Ausnahme der Personalhaft — in das gerichtliche Ermessen und gibt nur Beispiele. Dagegen stellt es die Voraussetzungen für ihre Erlassung gleichfalls bindend fest.

Für Geldforderungen sind folgende Mittel zulässig: a) die Verwahrung und Verwaltung beweglicher körperlicher Sachen — zu denen unabgesonderte Früchte eines Grundstückes z. B. nicht gehören — einschließlich der im § 296 E. O. genannten Wertpapiere; soll bares Geld verwahrt werden, so ist es natürlich bei Gericht zu deponieren[28]) (§ 379 Z. 1 E. O.). Die Wirkungen der Verwahrung und Verwaltung bestimmen sich nach den §§ 109 ff., 259 E. O.; b) die Erlassung eines Veräußerungs- und Verpfändungsverbotes beweglicher körperlicher Sachen mit Wirkung auch gegen jene Dritten,[29]) denen nicht die „sinngemäße Anwendung der §§ 367, 456 a. b. G. B." oder Art. 306, 307 H. G. B. zugute kommen (§ 379 Z. 2 E. O.), das heißt, die nicht durch ihre bona fides geschützt sind;[30]) c) das gerichtliche Drittverbot des Inhaltes, daß der Gegner der gefährdeten Partei die Einforderung der ihm gebührenden Leistungen von dem Dritten und der Dritte ihre Leistung an diesen Gegner unterlasse; als „Dritter" kann auch der Antragsteller erscheinen. Zu diesen Leistungen gehören auch die Hypothekarforderungen; da deren Verbot die dingliche Wirkung fehlt, wird es auch trotz § 320 E. O. nicht im Grundbuche ersichtlich gemacht.[31]) Konsequenterweise sind verbotswidrig erfolgte Rechtsgeschäfte und Leistungen gültig und nur relativ, das heißt unter den drei genannten Personen und unter der Bedingung unwirksam, daß die gefährdete Partei nicht anderweitig gesichert oder befriedigt wird.

Für andere Ansprüche bestimmt nicht das Gesetz, sondern das Gericht die Mittel der einstweiligen Verfügung (Ausnahme: Personalhaft). Das Gesetz gibt in den §§ 382, 386 E. O., Art. XIII Z. 8 Einf. Ges. zur E. O.,[32]) § 458 Z. P. O. Beispiele; aber schon wegen des hier eingreifenden richterlichen Ermessens sind damit in anderen Gesetzen genannte andere Beispiele nicht ausgeschlossen. Als Beispiele seien hervorgehoben: die Hinterlegung bei Gericht oder Verwahrung der individuell geforderten beweglichen körperlichen Sache, welche der Gegner der gefährdeten Partei in seiner Gewahrsame hat;[33]) ihre Zurückbehaltung durch die gefährdete Partei; das korrespondierende Veräußerungs- und Belastungsverbot[34]) bei jenen bücherlich eingetragenen Sachen und Rechten, auf

---

[28]) Das ist natürlich kein besonderes Sicherungsmittel; a. M. Mück a. a. O. S. 19.

[29]) v. Czaernig S. 305: auch ein dritter Interessent darf diese Ungültigkeit geltend machen (?); Heller-Trenkwalder S. 789.

[30]) Staub-Pisko II. S. 113.

[31]) Vergl. Gl. U. Nr. 11121.

[32]) Nicht auch im Art. XIII Z. 6 Einf. Ges. zur E. O.; siehe oben S. 65.

[33]) Hat sie ein Dritter in Gewahrsame, so bedarf es zur Verwahrung dessen Zustimmung; a. M. v. Fürstl II. S. 725.

[34]) Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I. S. 564. — Von den Worten „Belastung oder Verpfändung" des § 382 E. O. ist der zweite terminus überflüssig.

welche sich der Anspruch bezieht (siehe § 384 E. O.), und das Zurückbehaltungsrecht der gefährdeten Partei daran; Handlungsgebote und Verbote an den Gegner der gefährdeten Partei (§§ 383, 353 ff. E. O.), z. B. das Verbot, für eine bestimmte Person zu arbeiten; Drittverbote[35]) (über deren Wirkung siehe § 385 Abs. 2 E. O.); die Bewilligung eines abgesonderten Wohnortes an die Ehegatten (§ 381 Z. 8 E. O.; § 107 a. b. G. B.;[36]) Setzung von Grenzsteinen (§ 850 a. b. G. B.);[37]) das einstweilige Bauverbot (§ 342 a. b. G. B.; Art. XXXVII Einf. Ges. zur Z. P. O.);[38]) endlich als subsidiäres[39]) Sicherungsmittel, wie § 386 E. O. und dessen Stellung im Gesetze ergeben, also nur beim Abgang aller anderen Sicherungsmittel,[40]) die — zur Sicherung von Geldforderungen unzulässige, §§ 379, 391 E. O. — Personalhaft, und zwar nur in der Form der Verhaftung und Anhaltung (§ 386 E. O.), also nicht durch andere Zwangsmittel, wie etwa die Abnahme der Legitimationspapiere oder des Geldes.

2. Die Rechtsschutzbedingungen zur Erlangung einer einstweiligen Verfügung sind der Regel nach (siehe 3) folgende vier, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um die Sicherung einer Geldforderung oder um die eines anderen Anspruches handelt: die Anspruchsbescheinigung,[41]) die Gefahrbescheinigung, die Unzulässigkeit jeder Exekution, der Antrag.

Die einstweilige Verfügung ist nicht an die Existenz eines materiellrechtlichen Anspruches der gefährdeten Partei geknüpft (siehe oben); täte dies ein Gesetz, so machte es die einstweiligen Verfügungen unmöglich. Andererseits genügt auch eine Anspruchsbehauptung selbst bei der Individualisierung des materiellrechtlichen Anspruches nicht[42]) und ebensowenig

---

[35]) Einen merkwürdigen Fall siehe bei Pfaff-Schey Nr. 917.

[36]) § 382 Z. 8 E. O. zählt auch die „Bestimmung des einstweilen vom Ehemanne seiner Gattin und seinen Kindern zu leistenden Unterhaltes" zu den einstweiligen Verfügungen (Z. E. Nr. 328). Das ist ein Redaktionsversehen, dem man keine Bedeutung beimessen darf, will man nicht zu den unannehmbaren Konsequenzen kommen, daß die Alimente nicht in Geld bestimmbar (§ 382 E. O.) oder, wenn in Geld bestimmt, nicht durch Pfändung und Verwertung einbringbar (§ 379 E. O.) sein dürfen, und daß sie vom Alimentierten immer zurückzuzahlen sind, wenn der Prozeß für ihn verloren geht. An diesen Konsequenzen nehmen anscheinend Neumann, E. O. S. 477 ff., v. Fürstl II. S. 729, nicht auch Mück S. 31 Anstoß.

[37]) Pfaff-Schey Nr. 1070.

[38]) Juster, Das einstweilige Bauverbot (G. H. 1900 S. 476 ff.); derselbe, Kritik des einstweiligen Bauverbotes (G. H. 1901 Nr. 9 f.); v. Schuster S. 573 Note 14; Neumann, Komm. I. S. 860; v. Fürstl I. S. 679; Junghans in G. H. 1899 S. 506; a. M. Tilsch, Einfluß S. 317.

[39]) Materialien II. S. 592 im Gegensatze zum früheren österr. Rechte.

[40]) Ausnahme: § 100 K. O.

[41]) Z. E. Nr. 476; Gl. U. Nr. 10957 (Interessenverletzung genügt nicht, nur Rechtsverletzung).

[42]) A. M. Juster a. a. O. 1900 S. 499 ff. für das einstweilige Bauverbot des § 341 a. b. G. B.: hier soll die Anspruchsbehauptung genügen. Diesem zweckwidrigen Ergebnisse kann im Hinblicke auf § 458 Z. P. O., der unter dem „Gesetze über das Exekutions- und Sicherungsverfahren" gewiß auch das Einf. Ges. zur E. O. versteht, nicht beigetreten werden; gilt doch § 341 a. b. G. B. nur durch Art. XXVII Einf. Ges. zur E. O.

die Möglichkeit, daß jemand einen Anspruch, z. B. durch die Einlegung eines Rechtsmittels gegen ein abweisliches Urteil, ersiege. Vielmehr verlangt die Exekutionsordnung grundsätzlich die Bescheinigung (§ 274 Z. P. O.) dieses Anspruches[43]) und begnügt sich nur bei vermögensrechtlichen Ansprüchen und bei ihnen nur dann mit einer teilweisen Bescheinigung, wenn statt ihres Restes[44]) eine Sicherheitsleistung (§ 56 Z. P. O.; § 390 E. O.) erfolgt, weil und wenn hiedurch „die dem Gegner .... drohenden Nachteile durch Gelderſatz ausgeglichen werden können" (§ 390 E. O.). Der auf diese Weise glaubhaft gemachte Anspruch muß seiner Art nach möglich, erlaubt und klagbar, braucht aber nicht in Geld abschätzbar, unbedingt, fällig, auch nicht immer, nämlich dann nicht vollstreckungsfähig zu sein, wenn die beantragte einstweilige Verfügung nicht die künftige Zwangsvollstreckung sichern soll (ein Beispiel eines solchen Anspruches bietet § 37 E. O.).

Die Gefährdung der jetzigen Situation oder jene der künftigen Exekution muß durch Tatsachen spezialisiert werden (§ 389 E. O.); die bloße Wiedergabe des Gesetzestextes ist natürlich keine solche (siehe § 76). Diese Tatsachen müssen völlig bescheinigt sein[45]) und sie müssen den Schluß herbeiführen, daß die künftige Zwangsvollstreckung einer Geldforderung durch irgend welche ordnungsgemäße oder ordnungswidrige Handlungen des Gegners der gefährdeten Partei[46]) oder daß die künftige Exekution eines anderen Anspruches oder die Aufrechterhaltung einer bestimmten Situation durch jene Handlungen oder durch andere Umstände gefährdet werden könnten (§§ 379, 381 E. O.); solche „Umstände" liegen freilich dann nicht vor, wenn andere Gläubiger auf das Sicherungsobjekt Exekution führen könnten,[47]) denn diese würde durch eine einstweilige Verfügung nicht behindert. Eine Gefährdung liegt in jeder erheblichen Erschwerung einer künftigen Zwangsvollstreckung[48]) (§§ 379, 381 E. O.), bei Nichtgeldansprüchen aber kraft Gesetzesbefehles (§ 381 Z. 1 E. O.) auch auf jeden Fall darin, daß ohne die einstweilige Verfügung die

---

[43]) Die Möglichkeit eines Anspruches ist kein solcher; daher ist die Einbringung der Revision gegen gleichlautende verurteilende Urteile keine Behauptung, geschweige denn Bescheinigung des Anspruches auf die Rückforderung des etwa Geleisteten; siehe die große Literatur dieser Frage bei Heller-Trenkwalder S. 788.

[44]) Nicht statt der ganzen Bescheinigung; § 390 E. O. ist ganz klar; wie Text denn auch die herrschende Lehre und Pfaff-Schey Nr. 62; a. M. v. Czoernig S. 312; Juster in G. H. 1900 S. 476 ff. für das einstweilige Bauverbot; widerspruchsvoll v. Fürstl II. S. 736, 738.

[45]) Ein Ersatz der Bescheinigung durch Sicherheitsleistung ist unzulässig. Schauer, E. O. S. 663; a. M. Juster in G. H. 1901 S. 98. Auch für die Rückersatzansprüche des Staates ex syndicatu ist diese Spezialisierung und Bescheinigung erforderlich (§ 25 des Ges. vom 12. Juli 1872 Nr. 112; Art. XXVII Z. 3 Einf. Ges. zur E. O.); denn in diesem Punkte sind einander das jetzige und das frühere Recht gleich.

[46]) Handlungen desselben müssen es arg. § 379 E. O. sein; daß er das Armenrecht hat, reicht darum nicht aus; O. G. H. vom 30. Mai 1899, G. H. 1899 S. 557.

[47]) Pfaff-Schey Nr. 41.

[48]) Gute Ausführungen hierüber bei v. Neumann-Ettenreich S. 409 f.

Entscheidung im Auslande vollstreckt werden müßte. Nur wenn die Personalhaft erwirkt werden soll, genügt die erhebliche Erschwerung der Exekution nicht, sondern es bedarf ihrer drohenden Vereitlung und mindestens des Fluchtverdachtes des Gegners der gefährdeten Partei (§ 386 E. O.).

Ist eine Exekution zur Befriedigung oder Sicherstellung in concreto zulässig, so ist jede einstweilige Verfügung unzulässig.[49]) Zwar sagt das § 379 E. O. nur für Geldforderungen, allein ein arg. e contr. daraus ist nicht zulässig; denn § 379 E. O. sagt es im Gegensatze zu § 370 E. O., und daß im § 382 E. O. für andere Ansprüche nicht dasselbe gesagt ist, erklärt sich daraus, daß es für diese im Sinne der Exekutionsordnung (anders nach Art. XIII Z. 5 Einf. Ges. zur E. O.) keine Exekution zur Sicherstellung gibt (siehe § 370 E. O.). Auch hievon abgesehen, ergibt sich die Unzulässigkeit einstweiliger Verfügungen bei der Möglichkeit einer Exekution sei es auch nur zur Sicherstellung aus der Zwecklosigkeit jener, aus dem Mangel einer zu benennenden Gefahr und aus naheliegenden Erwägungen der Prozeßökonomie.

Einstweilige Verfügungen werden nur auf Antrag (Ausnahme: § 458 Z. P. O.), und zwar auf einen solchen der gefährdeten Partei bewilligt;[50]) der Antrag muß auch das geforderte Sicherungsmittel angeben. Ist es zur Behebung der drohenden Gefahr in concreto ungeeignet, so ist der Antrag abzulehnen;[51]) sonst ist es, und zwar stets nur auf bestimmte Zeit zu bewilligen, dem Gegner dabei freilich stets wenn möglich freizugeben, sich gegen seinen Vollzug durch Hinterlegung eines Geldbetrages zu schützen (§ 391 E. O.).

3. Diese Rechtsschutzbedingungen sind subsidiärer Natur; sie gelten für die in den §§ 379, 382, 386 E. O. genannten Sicherungsmittel, sonst aber arg. Art. XXVII Einf. Ges. zur E. O. nur, wenn nicht durch die Normen anderer Gesetze für bestimmte Sicherungsmittel andere Rechtsschutzbedingungen aufgestellt sind. Hiedurch ist sowohl der im § 458 Z. P. O. genannte, der Exekutionsordnung unterworfene Fall des § 341 a. b. G. B.[52]) als auch der an sich klare Fall des § 382 Z. 8 E. O. Gegenstand eines Zweifels geworden. Dieser behandelt einstweilige Verfügungen aus Anlaß eines Eheprozesses und unterliegt nach seiner Aufnahme in den § 382 E. O. und seiner Stellung im Gesetze den sub 2 entwickelten Rechtsschutzbedingungen, nicht mehr den einfacheren der §§ 92, 107 a. b. G. B.[53]) Das ist allerdings nur die Folge eines gesetz-

[49]) A. M. für Nichtgeldforderungen Mück S. 17.

[50]) Vergl. Z. E. Nr. 146; Pfaff-Schey Nr. 394; Heller-Trenkwalder S. 793.

[51]) Das Gericht darf kein anderes als das beantragte Sicherungsmittel bewilligen (§ 405 Z. P. O.); a. M. v. Fürstl II. S. 133.

[52]) A. M. Juster in G. H. 1900, S. 499; siehe oben Anm. 42.

[53]) Ebenso Anonymus in G. Z. 1899 Nr. 40; a. M. Z. E. Nr. 328; v. Fürstl II. S. 729; Neumann, E. O. S. 477; Heller-Trenkwalder S. 801 (fast ausschließlich, wenn überhaupt aus den Materialien begründet); ebensowenig als diese ist die Mittel-

geberischen Versehens. Im Regierungsentwurfe einer Exekutionsordnung war die Norm im § 382 nicht enthalten; der Permanenzausschuß aber nahm sie „der Vollständigkeit halber" in seinen § 370 Z. 8 auf,[54]) und sie blieb dann im Gesetze stehen. Dabei war aber übersehen worden, daß hiedurch die Gewährung dieser einstweiligen Verfügungen erheblich gegenüber dem früheren Rechtszustande[55]) erschwert worden war; doch läßt sich dieses Versehen bei dem klaren Gesetzesbefehle nur für die einstweiligen Alimente (siehe Anm. 36), sonst aber nicht beheben.

IV. Die Exekution zur Sicherstellung[56]) ist nach dem deutschen Rechte eine vorläufige Vollstreckung, nach dem österreichischen Rechte ein vorzeitiger Vollstreckungsbeginn; sie schneidet somit nach dem deutschen Rechte ungleich tiefer als nach dem österreichischen in die Stellung des Verpflichteten ein, indem sie bei jenem Rechte grundsätzlich auch zur Verwertung der in Beschlag genommenen Vermögensstücke und zu ihrer Ausfolgung an den betreibenden Gläubiger, bei diesem aber (in der Regel) nur zur Beschlagnahme, niemals aber zur Verteilung eines etwaigen Verwertungserlöses führt. So stellt sich denn die Exekution zur Sicherstellung des österreichischen Rechtes anders als die vorläufige Vollstreckung des deutschen Rechtes wirklich nur als eine Sicherung dar, welche sich von jener durch einstweilige Verfügungen allerdings erheblich dadurch zu Gunsten des betreibenden Gläubigers unterscheidet, daß sich gleichzeitig mit der Sicherung der (bedingte) Beginn der künftigen Exekution verbindet. Der Unterschied der beiden Rechte ist kein zufälliger, sondern hat zwei gute Gründe. Der eine ist ein historischer: in Österreich[57]) hat sich diese Exekution langsam aus den und als eine Verstärkung der einstweiligen Verfügungen entwickelt; noch die a. G. O. und zum Teile die W. G. O. scheiden die beiden Institute nicht; von da aber beginnt eine immer präzisere Abscheidung des einen, dinglichen Charakter gewinnenden vor dem anderen, und diese Entwicklung geht über das Summarverfahren von 1845 und Wechselverfahren von 1850 bis zur Verordnung vom 18. Juli 1859 Nr. 130, welche in allen wesentlichen Zügen die jetzige Exekution zur Sicherstellung zeigt. Der zweite Grund[58]) liegt in den verschiedenen Versäumnisverfahren der beiden Rechte; er rechtfertigt hauptsächlich die Wahrung der Rechtskontinuität in Österreich. Das Versäumnisverfahren des Erkenntnisverfahrens

---

meinung von Tilsch, Einfluß der Zivilprozeßgesetze (2. Aufl.) S. 44, 50: es gelten die §§ 107 a. b. G. B. und 381 E. O. nebeneinander — mit dem Befehle der Exekutionsordnung vereinbar.

[54]) Materialien II. S. 64.

[55]) Über diesen siehe Bartsch, Das gerichtliche Verfahren in Ehesachen S. 115 ff., 399 ff.

[56]) Neumann, E. O. S. 438 ff.; Mück, Die Exekution zur Sicherstellung; über das deutsche Recht: Wach, Vorträge S. 302 ff. — Auch sie ist natürlich von materiellrechtlichen Sicherstellungsansprüchen, wie Art. 25 ff. W. O., §§ 407, 558 Z. P. O., § 161 Abh. Pat., scharf zu trennen; siehe Pfaff-Schey Nr. 841.

[57]) Über das Recht bis zur a. G. O. siehe Graf Chorinsky, Der österreichische Exekutivprozeß.

[58]) Der freilich während der Gesetzgebung nicht zur Sprache kam (Materialien I. S. 250, 588, II. S. 61) und auch in der Literatur m. W. nicht hervorgehoben wird.

stellt nämlich in Deutschland und in Österreich die Hauptmasse der Erkenntnisverfahren dar. Nun können nach dem deutschen Rechte die Versäumnisfolgen sehr leicht (in dem fast voraussetzungslosen Einspruchsverfahren), nach österreichischem Rechte sehr schwer (in der Regel im Wiedereinsetzungsverfahren; siehe § 93) behoben werden; infolgedessen bedarf das deutsche Recht eines starken Kompelle, um schikanöse, lediglich prozeßverschleppende Versäumnisse zu verhindern; das österreichische Recht bedarf dieser Energie auf einem Umwege nicht, weil es im Versäumnisverfahren selbst viel Energie aufwendet. Es stehen somit: Einspruch — vorläufige Vollstreckung, und Wiedereinsetzung — Exekution zur Sicherstellung im Zusammenhang, und das hat die Aufrechterhaltung des früheren österreichischen Rechtszustandes geboten.

Der Rechtsschutzanspruch auf die Exekution zur Sicherstellung ist auf die Verschaffung eines absoluten (in der Regel dinglichen) Rechtes an Vermögensstücken des Verpflichteten zur Sicherung eines voraussichtlichen Anspruches des betreibenden Gläubigers gerichtet, und zwar mit der Wirkung, daß dieses Sicherstellungsrecht in ein Befriedigungsrecht übergehen könne. Zur Erreichung dieses Zweckes darf „zur Sicherstellung" die Pfändung beweglicher Vermögensstücke, die Pfandrechtsvormerkung auf unbewegliche Sachen und auf verbücherte Rechte,[59]) die Vormerkung anderer dinglicher Rechte auf unbewegliche Güter (Art. XIII Z. 5 Einf. Ges. zur E. O.) und die Zwangsverwaltung von Liegenschaften und wirtschaftlichen Unternehmungen[60]) des Verpflichteten, jedoch keine andere Exekutionseinleitung bewilligt und vorgenommen werden (§ 374 E. O.), und die genannten Exekutionsschritte auch nur dann, wenn die betreffenden Exekutionsobjekte für den in Frage stehenden Anspruch der Exekution zur Befriedigung unterliegen dürften. Die vorgenommenen Exekutionsschritte geben, bedingt durch die nachträglich eintretende Vollstreckbarkeit ihres Titels, ein absolutes, Rang gewährendes Recht an dem betreffenden Exekutionsobjekte; erfüllt sich diese Bedingung, so geht das Sicherstellungsrecht in eines zur Befriedigung über; erfüllt sich die Bedingung nicht, so ist auf Antrag des Verpflichteten die vollzogene Exekutionshandlung aufzuheben (§§ 376, 377 E. O.). Eine Exekutionsfortsetzung über die genannten Schritte hinaus, etwa durch Verkauf, ist bis zum Eintritte dieser Bedingung jedenfalls unzulässig[61]) (arg. § 374 E. O.), selbst wenn es sich etwa um Exekutionsobjekte handelt, welche dem Verderben ausgesetzt sind; in solchen Fällen ist vielmehr die Exekution wegen ihrer voraussichtlichen Ergebnislosigkeit (infolge des drohenden Verderbens der Sache) einzustellen (§ 39 Z. 8 E. O.). Nur — die einzige Ausnahme — die Forderungsüberweisung zur Einziehung ist noch während der Exekution zur Sicherstellung, und zwar dann zulässig, wenn die Einbringlichkeit der Forderung oder Regreß-

[59]) Über die Rekursfrist hiebei siehe Krainz I. S. 655 Anm. 1, 779, 797; Schauer, E. O. S. 640; Pfaff-Schey Nr. 376.

[60]) Neumann, E. O. S. 439; Heller-Trenkwalder S. 777; a. M. Schauer, E. O. S. 640 Anm. 1.

[61]) Zweifelhaft Heller-Trenkwalder S. 776.

rechte gefährdet wären (§ 374 E. O.); die Ausnahme ist wirtschaftlich damit gerechtfertigt, daß bei der Einziehung kein solcher Wertverlust wie bei der Verwertung anderer Exekutionsobjekte zu entstehen pflegt.

Die Rechtsschutzbedingungen sind: die Art der Forderung, der Exekutionstitel, die Gefährdung.

Der zu sichernde Anspruch muß eine Geldforderung sein (§ 370 E. O.) oder ein dingliches Recht an einem unbeweglichen Gute[62]) (§ 38a Grundb. Ges.; Art. XIII Z. 5 Einf. Ges. zur E. O.);[63]) eine ausdehnende Interpretation dieser Normen auch nur auf andere geldwerte Ansprüche ist durch die Textierung des § 370 E. O. im Vergleiche mit den §§ 379, 381 E. O. ausgeschlossen.[64]) Dagegen macht es keinen Unterschied, ob der Anspruch aus einem privatrechtlichen oder einem öffentlichrechtlichen Titel herrührt.

Die Begrenzung sucht die Exekutionsordnung weiter darin, daß sie fordert, für den Anspruch müsse ein Exekutionstitel vorliegen; dadurch sind Ansprüche, welche nicht zu einem der in den §§ 1, 2, 79 E. O. genannten Exekutionstitel führen können, ausgeschlossen. Aber auch diese Exekutionstitel, welche alle zur Exekution zur Befriedigung führen können, vermögen nicht alle zu jener zur Sicherstellung zu führen, es kommen vielmehr nur inländische und solche von Kroatio-Slavonien (§ 373 E. O.) in Frage und hiebei nur folgende in Betracht: die zivilgerichtlichen Endurteile[65]) des § 1 Z. 1 und des § 373 E. O.;[66]) die Verfügungen des Verfahrens außer Streitsachen, beide, wenn sie noch nicht vollstreckbar sind[67]) (§ 370 E. O.); Zahlungsbefehle im Urkunden- und Syndikatsprozesse, wider welche Einwendungen erhoben sind (§§ 371, 373 E. O.); solche im Mahnverfahren, wenn behufs der Widerspruchserhebung der Wiedereinsetzungsantrag gestellt ist, und (nur inländische) strafgerichtliche Entscheidungen über privatrechtliche Ansprüche, wenn die Wiederaufnahme des Strafverfahrens bewilligt wurde (§ 371 E. O.), beide, wenn die Exekutionstitel schon vollstreckbar sind; ferner Anträge inländischer Behörden in Gemäßheit des § 38 lit. c Grundb. Ges.; endlich die in den Art. III[68]) und XXVII Einf. Ges. zur E. O. genannten Fälle.[69]) Alle anderen Exekutionstitel, wie z. B. gerichtliche Vergleiche oder vollstreckbare Notariatsakte,

[62]) Pfaff-Schey Nr. 141, 277; Januschke in Jur. Bl. 1899 S. 272; Hueber in Gellers Ztbl. XIX. S. 894 ff.

[63]) Einen ganz singulären Fall enthält noch Art. XXVII Z. 1 Einf. Ges. zur E. O. (Kompetenzkonflikt vor dem Reichsgerichte).

[64]) Pfaff-Schey Nr. 626.

[65]) Nicht auch Endbeschlüsse; Z. E. Nr. 317 (irrig begründet), 420.

[66]) Urteile der österreichisch-ungarischen Konsulargerichte können in Österreich nicht zur Sicherstellung vollstreckt werden, da diese Gerichte keine österreichischen sind und da § 373 E. O. ihrer nicht gedenkt; auch aus dem terminus „Rechtshilfe" im § 14 des Ges. vom 30. Mai 1891 Nr. 136 kann nach dessen ständigem Sinn in der Gesetzessprache kein anderer Schluß abgeleitet werden.

[67]) Sind sie vollstreckbar, so fehlte jede ratio für die Exekution zur Sicherstellung; a. M. Neumann, E. O. S. 445.

[68]) Z. E. Nr. 476: für privatrechtliche Ansprüche des Staates kann Art. III Einf. Ges. zur E. O. nicht angerufen werden.

[69]) Pfaff-Schey Nr. 324; Fischer-Colbrie, Anfechtung S. 486.

vermögen keine Exekution zur Sicherstellung zu begründen.[70]) Die hiezu befähigten Exekutionstitel müssen der Partei, wider welche diese Exekution geführt werden soll, schon zugestellt[71])[72]) sein; zwar sagt § 370 E. O. das nicht (verneint es freilich auch nicht), aber es folgt daraus, daß die Wirksamkeit der Exekutionstitel erst mit ihrer Zustellung beginnt (§§ 416, 426, 452 Z. P. O.), daß es also vorher einen wirksamen Leistungsbefehl nicht gibt, und daß schließlich bei einer anderen Auslegung auch der Fall vorkommen könnte, daß die Exekution durchgeführt würde, ohne daß der Verpflichtete von Schuld und Leistungsbefehl etwas weiß. Dagegen braucht die Paritionsfrist in der Regel noch nicht abgelaufen zu sein (§ 370 E. O.; siehe aber die Zeitgrenzen im § 371 E. O.).

Rücksichtlich der Gefährdung unterscheidet die Exekutionsordnung zwei Klassen von Titeln. Die eine hat ohne Rücksicht auf eine Gefährdung des Berechtigten, die zweite nur bei konkreter Gefährdung die Geltung eines Exekutionstitels zur Sicherstellung; der Grund dieser Differenzierung liegt darin, daß das Gesetz bei der ersten Klasse die Gefährdung einfür allemal supponiert. Diese erste Klasse besteht aus folgenden wenigen Fällen: Anerkenntnis- und Verzichtsurteile[73]) erster oder zweiter Instanz, wenn wider sie ein Rechtsmittel eingelegt wurde, das ihre Vollstreckbarkeit hemmt (§ 371 Z. 1 E. O.); dann die im vorigen Absatze genannten Zahlungsbefehle und strafgerichtlichen Entscheidungen (§ 371 Z. 2—4 E. O.); die Fälle des § 38 Grundb. Ges. über die grundbücherliche Vormerkung; die Fälle des Art. XXVII Z. 1, 5 E. O. Alle[74]) anderen Ansprüche gehören in die zweite Klasse; für diese ist dann die Gefährdung[75]) der künftigen Zwangsvollstreckung zur Rechtsschutzbedingung erhoben. Diese Gefährdung erblickt das Gesetz darin, daß das jetzt im Inlande vollstreckbare Urteil dann im Auslande vollstreckt werden müßte — gilt nicht für § 373 E. O. — oder daß nach richterlichem Ermessen durch die Versagung der Exekution zur Sicherstellung „die Einbringung der gerichtlich zuerkannten Forderung vereitelt oder erheblich erschwert werden würde" (§ 370 E. O.); da das Gesetz im Gegensatze zu § 379 E. O. nicht unterscheidet, ist das wenig befriedigende Ergebnis nicht abzuweisen, daß auch die ordnungsgemäße Rechtsverfolgung eines anderen Gläubigers

[70]) Neumann, E. O. S. 440; a. M. Bertolini in G. H. 1898 Nr. 16, Pfaff-Schey Nr. 141, und für Alimentationsansprüche Z. E. Nr. 162; allein eine isolierte Interpretation des § 372 E. O. ist abzulehnen.

[71]) Ausnahme: Urteile in Bagatellsachen, die in Gegenwart beider Parteien verkündet sind (§ 452 Z. P. O.).

[72]) A. M. Neumann, E. O. S. 442 unter Berufung auf § 370 E. O.; v. Fürstl II. S. 703 unter Berufung auf die frühere Praxis; Z. E. Nr. 254; Pfaff-Schey Nr. 1117 (richtig die zweite Instanz).

[73]) Ex ratione des § 371 Z. 1 E. O. für den Kostenersatzanspruch.

[74]) Zweifelhaft könnte das nach seiner Textierung für den Fall des Art. XIII Z. 4 Einf. Ges. zur E. O. sein; allein aus dem durch ihn aufrechterhaltenen § 11 des Wuchergef. vom 28. Mai 1881 Nr. 47 ergibt sich das Resultat des Textes. — Für die Fälle des Art. III Einf. Ges. zur E. O. ist die Meinung des Textes mit Unrecht (verbis: „. . . in Ansehung der Bewilligung . . .") bestritten bei Fellner-Ohmeyer Nr. 732.

[75]) Pfaff-Schey Nr. 126.

oder daß sonstige ordnungsgemäße Handlungen eine solche Gefährdung bilden können.[76]) Für die gesetzlichen Alimentationsansprüche ist (ganz konsequent zur sonstigen Stellung der Zivilprozeßgesetze ihnen gegenüber) eine Begünstigung dadurch geschaffen, daß bei ihnen auch dann ein Gefährdefall vorliegt, wenn schon einmal wegen einer verfallenen Unterhaltsrate Exekution geführt werden mußte;[77]) auf Grund dessen ist dann je für ein Jahr, aber stets erneuert[78]) die Exekution zu bewilligen (§ 372 E. O.).

In diesem letzten Falle ist der Tatbestand zu beweisen; in allen anderen Fällen ist er nur, aber völlig zu bescheinigen. Weder durch eine Sicherheitsleistung noch durch die Zustimmung des Verpflichteten[79]) kann diese Bescheinigung ganz oder teilweise ersetzt werden (§ 370 E. O.).

§ 10. Der Anspruch auf Kostenersatz.[1])

I. Prozeßkosten sind jene Aufwendungen, welche den Parteien[2]) ex causa (nicht auch jene, welche ex occasione) der Prozeßführung entstehen. Diese Aufwendungen müssen zum Teile dem Staate in Form von Stempeln und Gebühren (Vdg. vom 26. Dezember 1897 Nr. 305),[3]) von Kommissions- und Ganggeldern entrichtet werden, oder an Zeugen und Sachverständige als Gebühren, oder an Zwangsverwalter oder Verwahrer als Honorare, oder sie erwachsen der Partei selbst in Form von Porto-, Papier-, Reiseauslagen, Schaden durch Zeitversäumnis, Vertretungskosten.

Wann die Entgeltlichkeit der staatlichen Justizpflege begonnen hat, ließ sich nicht feststellen; jetzt ist sie ein notwendiger Behelf eines Zivilprozesses, weil sie jede Partei zur gewissenhaften Prüfung ihrer Rechtslage vor dem mit Auslagen verbundenen Prozeßbeginne veranlaßt, und weil sie eine beträchtliche, nicht als drückend empfundene und keine erheblichen Einhebungskosten verursachende Einnahmsquelle des Staates darstellt; wo sie die Rechtsverwirklichung gefährdet, was bei den niederen österreichischen Ansätzen nur selten der Fall ist, greift das Armenrecht ein (siehe § 29). Von allen nicht staatlichen Prozeßkosten spielen nur noch die Ver-

[76]) Pfaff-Schey Nr. 476 (Insolvenzerklärung), 512 (objektive Gefährdung), 1032 (ungünstige Vermögensverhältnisse); siehe auch Nr. 575; a. M. Neumann, E. O. S. 443; v. Fürstl II. S. 702; Pfaff-Schey Nr. 626.

[77]) Z. E. Nr. 162, 294; Pick, Lohnbeschlagnahme S. 91.

[78]) § 372 E. O. verlangt keinen neuerlichen Rückstand; die Beschränkung auf je ein Jahr ist auch ohne Forderung eines solchen rationell, weil sonst zu viel Vermögen gebunden würde; Pfaff-Schey Nr. 520.

[79]) O. G. H. vom 27. April 1898 in Gellers Ztbl. 1898 S. 104.

[1]) Waldner, Die Lehre von den Prozeßkosten (1883); Katz, Das Urteil (1896) S. 104 ff.; Schimm in Jur. Bl. 1897 Nr. 31; v. Canstein S. 113 ff.; Gaupp-Stein I. S. 244 ff.; Menestrina in Grünhuts Zeitschr. XXIX. S. 552—554. Kasuistik für das Exekutionsverfahren bei Fellner-Ohmeyer Nr. 183 ff.; 254 ff.; 429 ff.; 524, 542—544; 615 ff.; 635 ff.; 742.

[2]) Nebenintervenienten, Beteiligten, auch Zeugen, Sachverständigen.

[3]) Goebel in Jur. Bl. 1898 Nr. 6; Coumont in G. Z. 1898 Nr. 5 f.; Fischl, Die Urteilsgebühren (in Jur. Bl. 1900 S. 193 ff.).

treterkosten eine erhebliche Rolle. Auch hier ist nicht ermittelbar, wann die Prozeßvertretung eine Tätigkeit gegen Honorar wurde; jedenfalls muß sie es heute sein, da sie einen Lebensberuf darstellt, und da jeder Beruf seinen Mann nähren soll.

Zunächst hat jede Prozeßpartei diese durch ihre Prozeßhandlungen verursachten Prozeßkosten selbst zu bestreiten; die Kosten der durch beide Parteien oder in deren Interesse vom Gerichte verursachten Prozeßhandlungen haben zunächst die beiden Parteien solidarisch („gemeinschaftlich", § 40 Z. P. O.) zu berichtigen. Hiedurch ist nicht ausgeschlossen, daß neben den Parteien noch Personen für die Prozeßkosten aufzukommen haben; nur bedarf es hiefür besonderer Normen. Für Stempel, staatliche Gebühren, Kommissions- und Ganggelder bestehen solche dahin, daß auch die vertretenden Advokaten und Notare für ihre Berichtigung haften; eine ausdehnende Auslegung dieser Spezialnormen auf die Gebühren von Zeugen und Sachverständigen, wie die Praxis sie übt,[4]) ist durch die Ausnahmsnatur derselben und das arg. e contr. ausgeschlossen.

Es entsteht nun für jede Gesetzgebung zunächst die Frage, ob jede Partei ihre Prozeßkosten dauernd selbst tragen solle, oder ob ihr ein Anspruch auf ihren Ersatz durch den Gegner zuzugestehen sei. Diese Frage wird allgemein im Sinne der zweiten Alternative bejaht, also auch von der Zivilprozeßordnung, die als Regel aufstellt, der Prozeßsieger habe einen Anspruch auf den Ersatz seiner Prozeßkosten durch den Unterlegenen.

Nun entsteht aber erst für jede Gesetzgebung die prozeßpolitisch schwierigste Frage dahin, nach welchem Grundgedanken diese Ersatzpflicht zu normieren sei. Zwei solche bieten sich dar: jener der Schuldhaftung, jener der Erfolghaftung;[5]) nach dem ersten ersetzt der Unterliegende dem Sieger die Prozeßkosten, wenn er schuldhaft — dolos, culpos — prozediert hat; nach dem zweiten entscheidet lediglich der Prozeßerfolg über die Kostenerstattungspflicht. Das erste Prinzip läßt sich leicht rechtfertigen, da die Schuldhaftung auch außer dem Prozesse das Normale ist; es führt aber zu dem höchst unbefriedigenden Resultate der fast regelmäßigen Kostenkompensation, die dem Sieger einen Teil seines Erfolges raubt. Etwas schwieriger rechtfertigt sich das zweite Prinzip, jenes der Erfolghaftung. Das Paradoxon, der Sieger sei jedenfalls unschuldiger als der Unterliegende, ist nicht verwendbar, weil die Unschuld keine Grade hat;[6]) ebensowenig genügt die Annahme, der Unterliegende sei stets in mora:[7]) endlich reichen auch die Gründe: die Schuldhaftung schmälere den Erfolg des Sieges (Menger, Kohler); die Erfolghaftung bewahre vor leichtsinnigen Prozessen, bewirke also, ne homines facile ad litigandum procederent[8]) (Unger), für sich allein nicht aus, um die Einreihung des

[4]) Z. E. Nr. 119.

[5]) Menger in Grünhuts Zeitschr. VII. S. 654 ff.; Waldner S. 45 ff.; Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 80 ff.; Unger, Handeln auf eigene Gefahr (2. Aufl.) S. 104 ff.; R. Schmidt, Lehrbuch S. 892 ff.

[6]) Unger a. a. O. S. 5 Anm. 6.

[7]) Waldner S. 5 ff., 60 ff. für den siegreichen Kläger.

[8]) Pr. J. 4, 16.

Kostenersatzanspruches unter die immer zahlreicher werdenden Fälle zu rechtfertigen, in denen jeder nur auf eigene Gefahr handeln darf und für den nachteiligen Erfolg selbst dann aufkommen muß, wenn er vorwurfsfrei gehandelt hat.

Entscheidend sind vielmehr folgende Erwägungen: Der Zivilprozeß verträgt in seiner modernen Fassung für die Parteien das Schuldprinzip schon deshalb nicht, weil es in ihm auf den Willen der Parteien überhaupt nicht ankommt (siehe § 75); die Erklärungen der Parteien sind ihm maßgebend, ohne Rücksicht auf den Willen, auf die Existenz eines konkreten Willens, einer konkreten Absicht, natürlicherweise also auch ohne Rücksicht auf bona fides oder mala fides, dolus und culpa derselben. Wirken aber die Erklärungen lediglich durch ihre und nach ihrer Erscheinungsform, so ist es nur konsequent, dieses System auch auf die Frage des Prozeßkostenersatzes anzuwenden und die Ersatzpflicht hier auch als die Wirkung lediglich der Parteihandlungen (und Versäumnisse) und nicht des dolus oder der culpa der Parteien aufzufassen. Denn nur bei dieser Auffassung wird erspart, was im Prozesse (schon aus Rücksichten der Prozeßökonomie) erspart werden soll: das Nachforschen nach der Übereinstimmung zwischen dem Willen und der Handlung und nach den Triebfedern des Willens. Weil überhaupt im Prozesse nicht nachgeforscht werden soll, ob einer Handlung ein Wille oder ob ihr ein guter oder ein böser Wille zugrunde liegt, soll also diese Nachforschung auch nicht um der Kostenersatzfrage willen stattfinden müssen; würde eine Prozeßordnung für die Kostenhaftung das Schuldprinzip des Privatrechtes dennoch akzeptieren, so gäbe sie diesen eminenten Vorteil preis, sich im Zivilprozesse für die Parteihandlungen an die äußere Erscheinung derselben halten und von jedem Eindringen in die Seele der Parteien Umgang nehmen zu dürfen: müßte dann doch diese Willens-, Seelenerforschung um der Feststellung der Kostenersatzpflicht willen stattfinden. So stellt sich denn de lege ferenda der Grundsatz der Erfolghaftung für die Prozeßkosten als der der Willenstheorie des modernen Zivilprozesses allein entsprechende dar. Lediglich unterstützend treten diesem Ergebnisse die oben angeführten Gedanken Mengers und Ungers hinzu: die Schuldhaftung schmälere den Erfolg des Sieges; die Erfolghaftung bewahre vor leichtsinnigen Prozessen; der Hauptgrund für die Erfolghaftung liegt hier wie in vielen Fällen in der Stellung des Zivilprozeßrechtes zum Willensproblem.

Schon das römische Zivilprozeßrecht hatte am Schlußpunkte seiner Entwicklung den Grundsatz der Erfolghaftung für die Kosten angenommen; das gemeine Prozeßrecht hatte ihn freilich in seiner auch sonst bemerkbaren Annäherung der Grundsätze des Prozeßrechtes an jene des Privatrechtes verloren. Aber schon § 398 a. G. O. nahm ihn wieder auf, die Kostenkompensation lediglich „aus erheblichen Gründen" zulassend; als die Praxis diese Ausnahmen zur Regel zu machen drohte, schaffte § 24 des Ges. vom 16. Mai 1874 Nr. 69 einfach die Ausnahme ab. Das Prinzip der Erfolghaftung haben dann die deutsche Zivilprozeß-

ordnung und das geltende österreichische Zivilprozeßrecht festgehalten, wenn es auch Ausnahmen von demselben macht.

II. Der Anspruch auf den Ersatz der Prozeßkosten ist kein privatrechtlicher; es fehlte dafür der Regel nach jeder privatrechtliche Rechtsgrund, da nur ausnahmsweise die Kostenfolgen als Straffolgen betrachtet werden können. Dieser Anspruch ist auch kein Annex eines privatrechtlichen Anspruches, keine „Nebengebühr" desselben; dies ergibt sich, abgesehen von dem Wortlaute des § 912 a. b. G. B., aus der einfachen Erwägung, daß es dann für den siegreichen Beklagten oder für denjenigen keinen Kostenersatzanspruch geben könnte, welcher mit Erfolg eine negative Feststellungsklage anstellt. Der Ersatzanspruch ist also ein publizistischer, dessen Rechtsquelle ausschließlich in den §§ 41 ff. Z. P. O. und §§ 74 ff. E. O. liegt; er stellt eine Begleiterscheinung des Prozesses dar, ist darum anders als die Rechtsschutzansprüche unselbständiger Natur, existiert nur im Prozesse und vermag außerhalb desselben nicht geltend gemacht zu werden (siehe § 12 II); aus § 54 Z. P. O. und § 74 E. O. ergibt sich nämlich zwingend, daß eine Geltendmachung des Kostenersatzanspruches außerhalb des Verfahrens, in welchem er entstand, sowohl dann unzulässig ist, wenn er in diesem präkludiert, als auch dann, wenn er in diesem unzulässig ist (z. B. deshalb, weil in concreto die Kostenkompensation oder der Fall des § 154 Z. P. O. eintritt).

Der Anspruch richtet sich an das Gericht: es solle dem Gegner die Zahlung eines ziffermäßig bestimmten Kostenersatzes befehlen; insoweit dieser Befehl in Frage kommt, ist somit jede Entscheidung, sei sie auch sonst ein Feststellungs- oder Rechtsgestaltungsurteil, eine Leistungsentscheidung und vollstreckungsfähig. Ob der Anspruch und für welche Partei er begründet ist, das hat das Gericht nach folgenden Grundsätzen zu entscheiden:

Für das Erkenntnis- und das Exekutionsverfahren gilt die Regel, daß der Unterliegende dem Sieger dessen Prozeßkosten zu ersetzen hat (§ 41 Z. P. O.; §§ 74, 203 E. O.), und zwar ohne Rücksicht auf die Frage des Verschuldens. Im Exekutionsverfahren kommt es hiebei nicht einmal darauf an, ob die — zulässige — Exekution erfolgreich war; auch die Kosten erfolgloser Exekutionen muß der Verpflichtete tragen[9]) (§ 74 E. O.), es werde denn die Exekution aus den Gründen der §§ 35, 36, 39 Z. 1 E. O. oder aus anderen dem betreibenden Gläubiger spätestens beim Beginne des Exekutionsvollzuges schon bekannten Gründen eingestellt (§ 75 E. O.),[10]) oder es werde das Immobiliarversteigerungsverfahren nach § 193 E. O. eingestellt (Deckungsprinzip), oder es liege der Fall des § 311 E. O. vor. In den Fällen des § 75 E. O. muß dann der betreibende Gläubiger dem Verpflichteten noch Kostenersatz leisten, da § 75 E. O. zwar den korrespondierenden Passus des § 788 dtsch. Z. P. O. nicht enthält, aber § 41 Z. P. O. und

[9]) Neumann, E. O. S. 55; Menestrina, l'accessione S. 176 ff.

[10]) Kein arg. e contr. zulässig; Petschek, Zwangsvollstreckung I. S. 6 f. Vergl. auch Weißkopf in G. Z. 1901 S. 86 Anm. 9 für § 301 E. O.

§ 78 E. O. dasselbe Resultat wie § 788 dtsch. Z. P. O. ergeben.[11]) Dagegen hat der Verpflichtete in den Fällen der §§ 193, 311 E. O. auf einen Kostenersatz allerdings keinen Anspruch, da dies dem Grundsatze des § 74 E. O. widersprechen würde, daß er die Kosten auch fruchtloser, aber zulässiger Exekutionen zu tragen habe.[12]) Für die Exekution zur Sicherstellung gelten (bedingt durch ihren Übergang zur Exekution zur Befriedigung, § 376 E. O.) die gleichen Grundsätze wie für diese; dagegen muß im sonstigen Sicherungsverfahren der Sicherer zunächst auch die Kosten des Gegners bezahlen[13]) (§ 393 E. O.) und ist lediglich berechtigt, sie als einen Teil seiner Prozeßkosten in einem späteren Erkenntnis- oder Exekutionsverfahren geltend zu machen.

Sieg und Unterliegen entscheidet sich im Erkenntnisverfahren nicht nach dem Erfolge der einzelnen Prozeßhandlungen, einzelner Angriffs- oder Verteidigungs-, auch Rechtsmittel, sondern nach dem Endergebnisse[14]) (§§ 41, 50 Z. P. O.). Hat ein Rechtsmittel Erfolg, ohne der Sache ein Ende zu machen, so ist daher über die Kosten dieses Rechtsmittels nicht zu entscheiden, sondern es ist die Endentscheidung abzuwarten (§ 52 Z. P. O.); dasselbe gilt für andere Zwischenstreitigkeiten unter den Prozeßparteien, wie über die Frage der Streithängigkeit, der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten;[15]) dasselbe gilt auch dann, wenn der Erfolg einer Nichtigkeitsklage nicht in der Klagabweisung, sondern nur in der Aufhebung des Urteiles und eines Verfahrensteiles besteht: die Kostenentscheidung ist vorzubehalten;[16]) gefährliche Konsequenzen dieses Grundsatzes sind durch § 540 Abs. 3 Z. P. O. abgeschnitten. „Der Sache ein Ende machen" heißt im Erkenntnisverfahren eine Endentscheidung[17]) über den Rechtsschutzanspruch auf Urteil fällen (§ 52 Z. P. O.), sie falle aus, wie sie wolle, laute z. B. auf die Einstellung des Verfahrens wegen der Unzuständigkeit des Gerichtes (§ 41 Z. P. O.).

Im Exekutionsverfahren fehlt nicht nur eine gleiche Norm, sondern das Verfahren nimmt auch durchaus nicht den typischen Verlauf zu einer Endentscheidung hin; vielmehr tritt hier § 52 Abs. 1 Z. P. O. ein, wonach jeder selbständige Abschnitt des Exekutionsverfahrens, das heißt jeder, dem nicht notwendigerweise ein weiterer folgt (z. B. das Pfändungs-,

---

[11]) Menestrina S. 179; wohl auch v. Fürstl II. S. 174.

[12]) A. M. Neumann, E. O. S. 56, der dem Verpflichteten eine Schadenersatzklage wegen zu Unrecht ihm auferlegten Kostenersatzes zugesteht.

[13]) Ausnahme: Art. XIII Z. 6 Einf. Ges. zur E. O.; siehe § 9 IIc.

[14]) Pfaff-Schey Nr. 92; a. M. Z. E. Nr. 366; Pfaff-Schey Nr. 685.

[15]) v. Fürstl II. S. 109; a. M. Demelius S. 237, der aber selbst meint, diese Kostenbestimmung werde (nur) relevant, wenn weder die Kaution erlegt noch der Eid geleistet werde; es gibt jedoch mit Ausnahme des Art. V Einf. Ges. zur Z. P. O. keine gerichtliche Kostenbestimmung ohne einen damit verbundenen Leistungsbefehl.

[16]) A. M. v. Fürstl I. S. 96 (die Kosten seien nie), Schauer, Z. P. O. S. 813 Anm. 2 (sie seien stets zu bestimmen).

[17]) Darum ist auch über die Kosten erfolgloser Rechtsmittel nicht sofort zu entscheiden; Pfaff-Schey Nr. 232; a. M. Z. E. Nr. 34, 374.

das Verteilungsverfahren), hinsichtlich des Ersatzanspruches auch als selbstständiger Teil gilt (§§ 74, 76, 78 E. O.).

III. Diese Regelung erfährt Ausnahmen nach drei Richtungen hin: bald tritt an die Stelle der Erfolghaftung die Schuldhaftung, bald tritt an die Stelle des Siegers eine bestimmte Parteirolle, bald endlich tritt an die Stelle des Ersatzanspruches die Kostenkompensation.

Das Schuldprinzip. Der Sieger hat dem Unterliegenden des Erkenntnisverfahrens des letzteren Prozeßkosten zu ersetzen, wenn der Unterliegende zur Klage keine Veranlassung gegeben (z. B. die Zahlung gehörig angeboten) und den Urteilsanspruch sofort im Prozesse anerkannt hat[18]) (§ 45 Z. P. O.). Ex ratione des § 45 Z. P. O. gilt das auch für die seltenen Fälle, in denen der Beklagte den Kläger zur Klagerhebung geradezu verleitet hat,[19]) wenn dann der Kläger sofort auf seinen Anspruch verzichtet; trifft auch den Beklagten außerhalb des Prozesses keine Äußerungs- oder Wahrheitspflicht, so folgt daraus sein Recht noch nicht, den Kläger (etwa durch lügnerische Angaben) zur Klage zu verleiten. Die Partei, welche einen Nichtigkeits- oder Aufhebungsgrund[20]) im Erkenntnis-, Sicherungs-, Exekutionsverfahren verschuldet oder verschwiegen[21]) und hiedurch die Aufhebung des Verfahrens (nicht bloß die Abänderung einer Entscheidung)[22]) herbeigeführt hat, ersetzt die gegnerischen Prozeßkosten; Beispiele: Durchführung einer Exekution auf bewußterweise exekutionsfreie Objekte (§ 39 Z. 2 E. O.), Mitbieten ohne Vollmacht bei einer Versteigerung, wenn diese infolgedessen aufgehoben werden muß.[23]) Jede Partei ersetzt der anderen ohne Rücksicht auf den Prozeßausgang die Mehrkosten,[24]) welche in Konsequenz schikanöser[25]) oder fahrlässiger Zurückhaltung von Sachverhaltsmitteilungen[26]) oder Beweisanträgen oder in Konsequenz anderer verschuldeter Zwischenfälle[27]) entstehen (§§ 44, 48 Z. P. O.).

Hieran reihen sich einige Fälle der Erfolghaftung, in denen der Erfolg nicht im Siege, sondern in einem anderen Verhalten des Gegners liegt. Hieher gehören die Wiedereinsetzungskosten, welche stets vom Antragsteller (§ 154 Z. P. O.), die Prozeßkosten, welche durch den von

---

[18]) Pfaff-Schey Nr. 87, 450 (Exszindierungsprozesse), 279, 806 (der Schuldner hatte dem Gläubiger direkt gezahlt; der hievon nicht verständigte Vertreter erhob die Klage).

[19]) Vielleicht gehören Z. E. Nr. 502, Pfaff-Schey Nr. 806 hieher.

[20]) Unrichtige Terminologie in Pfaff-Schey Nr. 581.

[21]) Bedenklich Pfaff-Schey Nr. 750, wo nur die Kostenkompensation verfügt ist.

[22]) Z. E. Nr. 231.

[23]) Pfaff-Schey Nr. 581.

[24]) Der Wortlaut des Gesetzes würde sogar die Auferlegung aller Prozeßkosten an den Sieger zulassen; doch ist ein solcher Rückfall des Gesetzes in das Schuldprinzip nicht anzunehmen und § 44 Z. P. O. daher einschränkend zu interpretieren; a. M. v. Canstein S. 316; Wachtel S. 48; vermittelnd Neumann, Komm. I. S. 226.

[25]) A. M. Demelius S. 217; Neumann, Komm. I. S. 226 unter unbegründeter Berufung auf § 179 Z. P. O.

[26]) Pfaff-Schey Nr. 210 (unsubstantiierte Klage).

[27]) Darunter fallen nicht alle Zwischenstreitigkeiten, wohl aber auch einzelne, durch den normalen Prozeßgang nicht bedingte Prozeßhandlungen; Neumann, Komm. I. S. 232 f.; Wachtel S. 52.

einer Partei „veranlaßten" Zwischenfall entstanden und dann von dieser Partei zu tragen sind[28]) (§§ 48, 142, 185 Z. P. O.; § 203 E. O.), dagegen nicht die Kosten fruchtloser Rechtsmittel, über die mit der Endentscheidung zu erkennen ist.

Die Kostenkompensation ist die Norm bei einem nichtigen oder aufgehobenen[29]) Verfahren (§ 51 Z. P. O.; § 74 E. O.), bei Exekutionseinstellungen nach den §§ 191, 193 E. O., hinsichtlich der erfolgreichen Erhebungskosten nach § 60 J. N., hinsichtlich der Forderungsüberweisungskosten im Falle des § 311 E. O., dann nach richterlichem Ermessen bei teilweisem Siege[30]) (§ 43 Z. P. O.). Nur hier sagt das Gesetz, es seien der Regel nach „die Kosten gegeneinander aufzuheben oder verhältnismäßig zu teilen", es sei denn der Sieg oder die Niederlage zu unbedeutenden Teilen oder wenigstens nicht zu kostspieligen Teilen erfolgt, oder vom richterlichen Ermessen oder dem Gutachten eines Sachverständigen abhängig gewesen (§ 43 Z. P. O.). Vor der darnach naheliegenden mechanischen Aufteilung der Kosten nach den Ziffern von Sieg und Niederlage muß gewarnt werden; sie liegt nicht im Sinne eines Gesetzes, welches Kostenkompensationen möglichst hintanhält,[31]) und sie wird auch der Erwägung nicht gerecht, daß die Prozeßführung schon dann nötig war, wenn auch nur ein teilweiser Sieg erfochten wurde. Da § 43 Z. P. O. diese — tatsächlich, wenn auch nicht rechtlich, auf das Erkenntnisverfahren beschränkte — Kostenaufteilung in das Ermessen des Gerichtes stellt, wird dasselbe in der Regel bei einem teilweisen Siege dem Sieger einen Teil seiner Prozeßkosten zuzusprechen haben.

IV. Den Anspruch auf den Kostenersatz hat die Prozeßpartei (§ 41 Z. P. O., also auch der laudator auctoris,[32]) der Nebenintervenient (§ 41 Z. P. O.), der Drittschuldner für die Kosten der Erklärung nach § 301 E. O.,[33]) der Richter, welcher wider den ihm auferlegten Kostenersatz einen erfolgreichen Rekurs einlegt.[34]) Dagegen haben diesen Anspruch gegen ihren Gegner nicht die gesetzlichen und die bevollmächtigten Vertreter (arg. § 70 Z. P. O.; Ausnahme: der Armenvertreter), der defensor matrimonii,[35]) da er weder Partei noch Intervenient ist, Zeugen und Sachverständige, insoweit ihre Ansprüche jene von Zeugen- und Sach-

[28]) Pfaff-Schey Nr. 210 (Tagsatzungserstreckung); der Tatbestand spielt freilich schon in jenen des Verschuldens ein.

[29]) Nicht aber jene eines amtswegigen Verfahrens; zu weit geht Pfaff-Schey Nr. 858.

[30]) Pfaff-Schey Nr. 290, 1202.

[31]) A. M. Neumann, Komm. I. S. 225; v. Fürstl I. S. 86.

[32]) Skedl I. S. 264; Wachtel I. S. 26; a. M. Pfaff-Schey Nr. 1004; Neumann, Komm. I. S. 178; Schauer, Z. P. O. S. 539.

[33]) Die einschränkende Auslegung des § 301 E. O. in Z. E. Nr. 468 ist nicht unbedenklich: der Kostenersatzanspruch bestehe nur für die innerhalb der 14 Tage des § 301 E. O. abgegebene Erklärung. Dagegen geht Z. E. Nr. 417 wieder zu weit, wenn sie dem Drittschuldner stets auch die Kosten des von ihm beigezogenen Advokaten zubilligen will; richtig behandelt dies Fellner-Ohmeyer Nr. 635 als eine quaestio facti.

[34]) Z. E. Nr. 96.

[35]) Bartsch, Das gerichtl. Verfahren in Ehesachen S. 324 f.; Gl. U. Nr. 6366 Pfaff-Schey Nr. 258, 838.

verständigengebühren überschreiten,[36]) der Zwangsverwalter (§ 113 E. O.) und der Verwahrer (§ 259 E. O.), insoweit ihre Ansprüche nicht auf Honorar und Ersatz der Amtsauslagen sich beschränken; es fehlt eben für die vier letztgenannten Personengruppen an einer Norm gleich § 41 Z. P. O., aus welcher allein ein Kostenersatzanspruch abgeleitet werden könnte. Besteht die den Kostenersatz fordernde Partei aus einer Personenmehrheit, so hat sie den Ersatzanspruch solidarisch, wenn der Urteils- oder Vollstreckungsanspruch solidarisch von ihr oder wider sie geltend gemacht wurde.[37]) Sonst hat sie den Anspruch nach Kopfteilen und bei einer wesentlichen Verschiedenheit der Prozeßbeteiligung nach deren Maße (arg. § 46 Z. P. O.). Diese Sätze gelten insbesondere für eine Mehrheit betreibender Gläubiger.[38]) Über die Aufteilung der Kosten unter die siegende Personenmehrheit intern sprechen sich die Zivilprozeßordnung und die Exekutionsordnung gar nicht aus; hier entscheidet das Privatrecht.

Die Verpflichtung zum Kostenersatze obliegt zunächst der Prozeßpartei selbst (§ 41 Z. P. O.), dem vollmachtlosen Vertreter (§ 38 Z. P. O.) und dem Pseudovertreter und negotiorum gestor (§ 27 Anm. 45); bei einer Personenmehrheit gelten die oben entwickelten Sätze. Nur enthält für einzelne Fälle die Exekutionsordnung selbst eine Norm über die Kostenaufteilung unter die mehreren Personen (§§ 193, 259, 311, 315 E. O.).

Neben der ersatzpflichtigen Prozeßpartei und solidarisch mit ihr haften dem Gegner der gesetzliche und der bevollmächtigte Vertreter für die durch sein prozessuales[39]) grobes Verschulden verursachten Kosten (§ 49 Z. P. O.); Zeugen und Sachverständige[40]) für jene Kosten, welche durch ihr unbegründetes Ausbleiben von der Verhandlung entstanden (§§ 333, 354 Z. P. O.); das „Gericht", welches durch ein offenbares grobes Verschulden einen Nichtigkeits- oder Aufhebungsgrund veranlaßt oder nicht beachtet hat[41]) (§ 51 Abs. 2 Z. P. O.); dem Verfahren zugezogene Dritte (z. B. Mitbieter), welche die Nichtigkeit oder Aufhebung eines Verfahrens oder Verfahrensteiles verschuldeten[42]) (arg. § 51 Abs. 1 Z. P. O.). Intern, das heißt zwischen der Partei und ihrem Vertreter haftet in dem erstgenannten der Fälle der Vertreter allein für diese Kosten.

Die Zivilprozeßordnung regelt freilich ausdrücklich nur einerseits die Kostenersatzpflicht der Parteien im § 41 Z. P. O., andererseits jene der jetzt genannten anderen Personen in den §§ 49, 51, 333, 354 Z. P. O. Über das Verhältnis der Ersatzpflicht beider Klassen zueinander spricht sie sich dagegen nicht aus. Allein daraus folgt nicht, daß die Pflicht der zweiten jene der Partei aufhebt, an ihre Stelle tritt.[43]) Vielmehr muß man da die einzelnen Fälle prüfen, wobei sich dann folgendes Resultat ergibt: das Gericht haftet in der Regel, wenn sonst die Kostenkompensation ein-

[36]) Pfaff-Schey Nr. 107. — Es legt z. B. ein Zeuge Rekurs ein.
[37]) A. M. Wachtel S. 51.
[38]) Vergl. Menestrina S. 177 f.
[39]) Z. E. Nr. 157.
[40]) Beide haften beiden Parteien.
[41]) Z. E. Nr. 96, 231.
[42]) Pfaff-Schey Nr. 581.
[43]) So Materialien I. S. 213.

träte (§ 51 Abs. 3 Z. P. O.); konkurriert aber ein offenbares grobes Verschulden des Gerichtes mit einem groben Parteiverschulden (§ 51 Abs. 1, 2 Z. P. O.), so ist nicht einzusehen, warum hier der Anspruchsberechtigte sich nur an den einen, vielleicht Zahlungsunfähigen verweisen lassen soll (siehe auch § 1302 a. b. G. B.); noch weniger läßt sich in den anderen im vorigen Absatze genannten Fällen der Gedanke in das Gesetz hineintragen, daß jener, der den Kostenersatz verlangen darf, sich statt an die Partei an den etwa zahlungsunfähigen Vertreter, den mitbietenden Strohmann u. s. f. verweisen lassen muß. So drängt denn alles zu dem Resultate des vorigen Absatzes, der Solidarhaftung.

V. Das Maß des Kostenersatzanspruches ist dahin bestimmt, daß die durch die Prozeßführung verursachten, zur zweckentsprechenden Rechtsverwirklichung notwendigen Kosten zu ersetzen sind (§ 41 Z. P. O.; § 74 E. O.). Als Milderung des Prinzipes der Erfolghaftung ist damit festgesetzt, daß jede Prozeßpartei bis zu einem gewissen Grade auch die Interessen der Gegenpartei zu wahren, dieselbe nicht mit unnötigen Prozeßkosten zu belasten habe; durch diese Norm wird auch in sehr zweckmäßiger Weise eine Einschränkung unnötiger Prozeßhandlungen bewirkt, da jede Partei die Gefahr läuft, auch im Falle ihres Sieges die Kosten solcher Handlungen dauernd aus eigener Tasche bezahlen zu müssen.

a) Nicht alle Prozeßkosten werden ersetzt, sondern nur jene, deren Aufwendung der Anspruchsberechtigte bei einer sachgemäßen, ruhigen Prüfung der Sachlage zur Zeit der Vornahme einer Handlung als erforderlich ansehen durfte;[44]) das Übermaß trägt der Handelnde selbst. Bisweilen bezeichnet das Gesetz bestimmte Kosten ausdrücklich als überflüssig, in der Regel überläßt es sachgemäß die Entscheidung dem gerichtlichen Ermessen.[45]) In die erste Gruppe gehören die Kosten (mit Ausnahme der Barauslagen) von Vertretern, welche nicht dem Advokaten- oder Notarsstande angehören (§ 42 Z. P. O., eine gegen verschiedene Formen der Winkelschreiberei gerichtete Vorschrift); die Kosten der Beiziehung mehr als eines Vertreters, sei es an demselben, sei es an verschiedenen Orten, es sei denn, daß ein Vertreterwechsel eintreten mußte (§ 41 Z. P. O.); die Kosten von Rechtsausführungen in vorbereitenden Schriftsätzen (§ 49 Z. P. O.); die Zureisekosten von Zeugen und Sachverständigen, um deren Höhe willen das Gericht den Beweis an Ort und Stelle durchführen will (§§ 328, 367 Z. P. O.); die Fälle der §§ 71 Abs. 3, 143 Abs. 2,[46]) 183 Abs. 4, 275 Abs. 2 E. O. u. s. f.

Auch wo die Entscheidung dem gerichtlichen Ermessen überlassen ist, fehlt es nicht an Spezialanweisungen; als Beispiel einer solchen sei auf § 10 der Vdg. vom 11. Dezember 1897 Nr. 293 (über den Advokatentarif) verwiesen, nach welchem bei einfachen Sachen für die Aufnahme der Information oder für die Information aus den Akten keine besondere

[44]) Siehe Pfaff-Schey Nr. 1004, 1157 (Zuziehung eines auswärtigen Advokaten statt des am Gerichtsorte befindlichen).

[45]) Gut Z. E. Nr. 96, 135; Pfaff-Schey Nr. 454, 1004; zu strenge Pfaff-Schey Nr. 254, 576.

[46]) § 9 Realsch. Odg. weicht von ihm ab.

Vergütung zuzusprechen ist. In der Regel aber hat das Gericht nur die allgemeine Anweisung, „nach seinem von sorgfältiger Würdigung aller Umstände geleiteten Ermessen zu bestimmen, welche Kosten als (zur zweckentsprechenden Rechtsverwirklichung) notwendig anzusehen sind" (§ 41 Z. P. O.). Nach dieser allgemeinen Formel ist darum z. B. zu bestimmen, ob die Kosten vorprozessualer Mahnungen, Erhebungen, Vergleichsverhandlungen, ob jene gerichtlicher Vergleichsversuche, von Berufungsmitteilungen,[47]) von Interventionen bei der Pfändung[48]) zu ersetzen sind. Nach eben derselben Formel bestimmt sich auch von Fall zu Fall, ob die Beiziehung eines Advokaten oder Notars zweckmäßigerweise erforderlich war, und ob daher dessen Vertretungskosten dem Sieger zu ersetzen sind.[49]) Damit ist eine Frage berührt, welche eine Zeitlang zu den brennendsten in Österreich zu gehören schien. Im Gegensatze zum § 91 Abs. 2 dtsch. Z. P. O. ist nämlich weder im früheren noch im jetzigen österreichischen Rechte die Frage ausdrücklich beantwortet, ob diese Vertretungskosten stets, auch im Verfahren ohne Anwaltszwang, zu den zur zweckentsprechenden Rechtsverwirklichung notwendigen Kosten gehören, mit anderen Worten: ob der Sieger auch im Nichtanwaltsprozesse (siehe § 26) darauf einen Anspruch hat, daß ihm die Vertreterkosten seines Advokaten oder Notars ersetzt werden, oder ob das eine quaestio facti ist? Es bestand und es besteht nur die oben bei V angeführte allgemeine Norm des § 41 Z. P. O., früher des § 24 des Ges. vom 16. Mai 1874 Nr. 69. Die frühere österreichische Praxis schwankte, bis sie die Frage schließlich im Spr. Rep. Nr. 103 im ersten Sinne, also dahin beantwortete, die Advokatenkosten seien stets als notwendige anzusehen; ebenso entschied schließlich ständig die Theorie.[50]) Auch jetzt bejaht die herrschende Lehre,[51]) während die Praxis schwankt.[52]) Der herrschenden Lehre kann hier nicht beigetreten werden; denn § 41 Z. P. O. lautet allgemein, und es ist nicht abzusehen, wie man die Prüfung der Notwendigkeit gerade einer Advokatenvertretung in concreto, von Fall zu Fall, anders als die Prüfung irgend eines anderen Aufwandes trotz § 41 Z. P. O. dem gerichtlichen Ermessen entziehen kann. Die Argumente der herrschenden Lehre reichen dagegen nicht aus. Sie beruft sich im wesentlichen darauf,[53]) daß die Partei das Recht habe, einen Advokaten bei-

[47]) Vergl. Z. E. Nr. 234 (Versöhnungsversuche im Eheverfahren); Pfaff-Schey Nr. 864 (Berufungsmitteilung); zu strenge Pfaff-Schey Nr. 449.

[48]) Pfaff-Schey Nr. 1203 (mit schlagender Begründung).

[49]) Der Finanzprokuratur sind die Kosten stets zu ersetzen (§ 42 Z. P. O.), was auch der Sachlage ganz angemessen ist; das Gleiche gilt für die Steuerämter, welche die Finanzprokuratur vertreten; Z. E. Nr. 470.

[50]) Waldner S. 92 f.; Menger in Grünhuts Zeitschr. VII. S. 660.

[51]) Neumann, Komm. I. S. 220; Demelius S. 213; Wachtel S. 45; v. Fürstl I. S. 78; Max Pollak in Jur. Bl. 1898 Nr. 38; a. M. nur Karl Grünberg in G. Z. 1898 Nr. 36.

[52]) Wie Text Z. E. Nr. 96; ein Erl. des Grazer O. L. G. Präs. vom 28. August 1899 (Jur. Bl. 1899 S. 466); a. M. Z. E. Nr. 417 (oben Anm. 33).

[53]) J. Ullmann in G. Z. 1898 S. 512 bezieht sich auch noch darauf, daß es im § 41 Z. P. O. heiße: „alle" Kosten sind zu ersetzen; es heißt aber: „alle... zur zweckentsprechenden (Rechtsverwirklichung) notwendigen Kosten"; ferner macht er geltend: wenn das Gesetz die

zuziehen, ferner darauf, daß der Schlußsatz des § 41 Abs. 3 Z. P. O. (Beiziehung mehrerer Advokaten) ein arg. e contr. liefere, und auf ein gleiches arg. aus dem § 42 Z. P. O. (Kosten von Winkelschreibern). Alles das ist unstichhältig. Daß jede Partei das Recht hat, einen Advokaten beizuziehen, gibt ihr sowenig einen Anspruch auf den Ersatz seiner Kosten, als ihr Recht auf die Erstattung so vieler vorbereitender Schriftsätze, als sie will, ihr einen solchen Kostenersatzanspruch gibt: die Rechtsausübung begründet eben an sich den Kostenersatzanspruch noch nicht,[54]) sondern es bedarf einer diesen Anspruch begründenden Norm, wie sie sich im § 91 dtsch. Z. P. O., nicht aber in Österreich findet. Ebenso wertlos sind die arg. e contr. Denn § 41 Z. P. O. sagt, im Zusammenhange gelesen, nicht: die Kosten eines Advokaten sind stets, jene mehrerer nur im Falle der Notwendigkeit ihrer Beiziehung zu ersetzen; sondern er sagt: die Advokatenkosten sind (außerhalb des Anwaltsprozesses) nach richterlichem Ermessen von Fall zu Fall auf ihre Notwendigkeit, jene der Beiziehung mehr als eines Advokaten auf ihre Unerläßlichkeit zu prüfen. Und daß die Kosten von Winkelschreibern nie zu ersetzen sind, begründet ebensowenig den Schluß, daß es jene von Advokaten stets sind.

Das Ergebnis ist demnach, daß das Gericht zwar im Anwaltsprozesse die Vertretungskosten an sich stets als notwendige ansehen muß und seine Prüfung auf die einzelnen Prozeßhandlungen des Vertreters beschränkt sieht, daß es aber in Prozessen außerhalb des Advokatenzwanges verpflichtet ist, von Fall zu Fall mit sorgfältiger Würdigung aller Umstände auch zu prüfen, ob es für den konkreten Prozeß überhaupt zweckmäßig war, einen Advokaten beizuziehen. Immerhin war für das frühere Prozeßrecht mit seinem schriftlichen Verfahren und der Gerichtspassivität der Inhalt des Spr. Rep. Nr. 103 wenigstens für alle Prozesse mit Ausnahme der Bagatellprozesse den Lebensverhältnissen entsprechend. Für das geltende Prozeßrecht kann das freilich gerade deshalb nicht mehr als zutreffend, die Zuziehung eines Advokaten im Nichtanwaltsprozesse nicht immer als erforderlich angesehen werden. Nur ist sie es in der Regel, weil es nach § 41 Z. P. O. hinreicht, daß die Beiziehung des Advokaten — nicht zur Rechtsverwirklichung, sondern — zur zweckmäßigen Rechtsverwirklichung notwendig war, und weil dies nicht nach dem Erfolge, sondern objektiv und vom Standpunkte eines Durchschnittslaien im Zeitpunkte der Advokatenbestellung aus zu beurteilen ist.[55])

b) Sind einerseits nur die notwendigen, so sind dann andererseits im Rahmen des Ersatzanspruches grundsätzlich alle notwendigen Prozeßkosten zu ersetzen, mögen sie auch dem Urteile nachfolgen[56]) oder nach der

---

Auffassung des Textes teilte, hätte die Norm in das Kapitel „Bevollmächtigte" gehört; das erledigt sich wohl von selbst.

[54]) Vortrefflich Pfaff-Schey Nr. 1203.

[55]) Man wird z. B. die Advokatenkosten in aller Regel dem Kaufmann zuzusprechen haben, der zahlreiche Klagen zu überreichen hat; man triebe ja sonst den Mann dazu, seine Zuflucht in irgend einer Form zu Winkelschreibern zu nehmen.

[56]) Pfaff-Schey Nr. 569.

Versteigerung, z. B. im Meistbotverteilungsverfahren auflaufen;[57]) weder §§ 41, 54 Z. P. O. noch § 74 E. O. gewähren einer entgegenstehenden Theorie einen Stützpunkt, einer Theorie, die gerade zu der vom Gesetze abgelehnten Kostenkompensation führte.

c) Die Bewertung der Prozeßkosten erfolgt leider nicht in Bausch und Bogen, sondern der Regel nach für jede einzelne Handlung (§ 54 Z. P. O.), wobei es jedoch den Parteien und dem Gerichte freisteht, mehrere Prozeßhandlungen zusammen zu bewerten. Die Bewertung steht innerhalb der Ansätze der Partei ganz im gerichtlichen Ermessen; eine eingreifende Ausnahme machen die Kurrentien, für welche es einen das richterliche Ermessen hinsichtlich der Bewertung ausschließenden Tarif gibt (Vdg. vom 11. Dezember 1897 Nr. 293).

VI. Die Entscheidung. Der Kostenersatzanspruch muß, wenn auch ohne förmlichen Antrag (§ 52 Abs. 3 Z. P. O.), doch durch die Vorlage eines Kostenverzeichnisses (dessen Ansätze sofort zu bescheinigen sind, § 54 Z. P. O.) ziffermäßig gestellt werden, und zwar bei sonstiger Präklusion[58]) (siehe aber § 196 Z. P. O.) bei der unmittelbar der Kostenentscheidung vorangehenden mündlichen Verhandlung oder Einvernehmung,[59]) in Ermanglung einer solchen mit dem sonstigen Antrage verbunden. Die Entscheidung erfolgt mit dem Urteile, wenn auch über einen Urteilsanspruch so zu entscheiden ist, sonst mit einem Beschluß; sie ergeht nicht über die einzelnen Kostenansätze, sondern nur über den gesamten Ersatzanspruch. Ergeht die Entscheidung mit Beschluß, so ist sie mit dem Rekurse anfechtbar; ergeht sie im Urteile, so ist sie dann nur mit Berufung anfechtbar, wenn andere Teile des Spruches gleichfalls angefochten werden, dann nur mit Rekurs,[60]) wenn lediglich die Entscheidung über den Kostenersatzanspruch sei es wegen der Ersatzpflicht, sei es wegen des Maßes derselben angefochten wird (§ 55 Z. P. O.).

Die Tendenz der Einführung dieses Rekurses gegen das Urteil, während es sonst nur Rekurse gegen Beschlüsse gibt, ist die Schaffung eines einfacheren Rechtsmittelverfahrens;[61]) schon deshalb kann es nicht darauf ankommen, ob die Partei das Rechtsmittel richtig (Rekurs) oder unrichtig (Berufung) benennt.[62]) Aber § 55 Z. P. O. berechtigt doch nicht, diesen Rekurs mit Beißer als eine abgekürzte Berufung zu behandeln, sondern gibt den bindenden Gesetzesbefehl, ihn als „Rekurs" anzusehen. Sinngemäß ist er darum freilich gegen zwei gleichlautende Kosten-

[57]) A. M. Pfaff-Schey Nr. 576; wie Text Neumann, E. O. S. 59; Menestrina S. 185 f.

[58]) Pfaff-Schey Nr. 907 begründet sein richtiges Ergebnis irrig. — Werden nur „tarifmäßige" Kosten gefordert — ein erfreulicherweise verschwindender Unfug — so fehlt es am Kostenanspruche; er kann auch arg. § 54 Z. P. O. nicht nachträglich erhoben und auch nicht als Schadenersatzanspruch abgesondert geltend gemacht werden.

[59]) Das gilt auch im Falle des § 193 E. O., da das Gesetz nicht unterscheidet; Menestrina S. 180; a. M. Neumann, E. O. S. 290.

[60]) Beißer, Der Rekurs gegen das Urteil (G. Z. 1898 Nr. 42).

[61]) Materialien I. S. 217.

[62]) Pfaff-Schey Nr. 226, 449 a. M. Pfaff-Schey Nr. 276.

entscheidungen unzulässig (§ 528 Z. P. O.),[63]) mag auch eine oder mögen beide in Urteilsform ergangen sein;[64]) er ist aber nie, darum auch in Bagatellsachen nicht auf die Nichtigkeitsgründe beschränkt,[65]) da das Gesetz dies für keinen Rekurs sagt (siehe auch § 517 Z. 4 Z. P. O.); auch hat dieser Rekurs, abweichend von der Berufung, keinen Suspensiveffekt[66]) (arg. § 524 Z. P. O.).

Die Norm des § 55 Z. P. O. ist natürlicherweise unanwendbar, wenn ein Urteil ordnungsgemäß nicht mit dem Rekurse, sondern mit der Berufung oder Revision angefochten wird. In Bagatellsachen ist dann die Anfechtung auch im Kostenpunkte auf die Nichtigkeitsgründe des § 477 Z. 1—7 Z. P. O. beschränkt (§ 501 Z. P. O.), in anderen Rechtssachen dagegen die Revision auch wider gleichlautende Urteile im Kostenpunkte zulässig.[67]) Das stimmt denn auch mit der Tendenz des Gesetzes überein, nicht um des Kostenpunktes allein willen den obersten Gerichtshof bei gleichlautenden Kostenentscheidungen zu belasten: hier ist er ja jedenfalls mit dem Rechtsmittel belastet; die Besorgnis, es könnte in fraudem legis die Revision in der Hauptsache nur deshalb erhoben werden, um die Kostenentscheidung anfechten zu dürfen,[68]) ist wohl kaum von praktischer Bedeutung und darum vom Gesetze unbeachtet geblieben.

§ 11. Der Schutz gegen unbegründete Rechtsschutzansprüche.

I. Die Geltendmachung eines jeden Rechtsschutzanspruches belastet den Angegriffenen. Ist sie begründet, so muß er diese Belastung freilich auf sich nehmen; umsomehr darf er eine Sicherung dawider verlangen, daß er nicht um unbegründeter Rechtsschutzansprüche willen belastet werde.

Der Staat nimmt darum die Entscheidung, ob ein Rechtsschutzanspruch begründet sei oder nicht, auf sich. Zur Prüfung richtet er ein Verfahren ein, das den Zweck verfolgt, die bestehenden Rechtsschutzansprüche festzustellen und durchzusetzen, die unbegründet erhobenen als solche zu erkennen und unwirksam zu machen.

Der Mittel zur Erreichung dieses, des Gerechtigkeitszweckes, sind gar viele, darunter als das nächstliegende die Teilnahme der Parteien am Verfahren, so daß es nahe liegt, einen Einlassungszwang[1]) zu nor-

[63]) Pfaff-Schey Nr. 215, 540; a. M. Beißer a. a. O. S. 332.

[64]) Z. E. Nr. 53.

[65]) v. Canstein S. 218 Anm. 4; a. M. Beißer S. 331; Judik. Buch Nr. 141; noch weiter gehen Demelius S. 663, Neumann, Komm. I. S. 947, welche hier jeden Rekurs ausschließen.

[66]) A. M. Beißer S. 332; Wachtel S. 59; aber warum sollte der Rekurs gegen einen Beschluß keinen Suspensiveffekt haben, wohl aber jener gegen ein Urteil? § 55 Z. P. O. gibt dafür keinen Anhaltspunkt. Eine Ausnahme normiert § 524 Abs. 2 Z. P. O.

[67]) A. M. Judik. Buch Nr. 147.

[68]) Sie scheint der Entscheidung Pfaff-Schey Nr. 1063 vorzuschweben, da diese die Anfechtung der Kostenentscheidung deshalb verwirft, weil die Revision in der Hauptsache auf einen (angeblich) unzulässigen Revisionsgrund gestützt wurde!

[1]) Gaupp-Stein, Komm. I. S. 342; Bülow, Gerichtliches Geständnis S. 40 ff.; für die Einlassungspflicht Wach in Grünhuts Zeitschr. VII. S. 154 ff.; Degenkolb, Einlassungszwang S. 1 ff.; Plosz, Beiträge zur Lehre vom Klagrecht S. 121 ff.; gegen die Einlassungspflicht, nur für ein

mieren, die Teilnahme beider oder aller Parteien am Verfahren erzwingend. Dennoch ist man, durch die Erfahrung belehrt, davon abgekommen, einen solchen Zwang durchzuführen, und begnügt sich mit der dem reinen Gerechtigkeitszweck allerdings nicht entsprechenden[2]) Norm, daß der Angegriffene durch seine Untätigkeit den Prozeß nicht aufzuhalten, z. B. durch diese im heutigen Rechte nicht mehr zu verhindern vermag, daß eine dem wider ihn erhobenen Urteilsanspruche günstige Entscheidung ergeht, daß diese dann als Exekutionstitel einen Vollstreckungsanspruch gegen ihn begründet, und daß auch dieser Anspruch gegen ihn, den früher Beklagten, dann Verurteilten, nunmehr Verpflichteten durchgesetzt wird. Hält also der Angegriffene den wider ihn geltend gemachten Anspruch für unbegründet, so ist er ohne einen rechtlichen Zwang, lediglich durch das eigene Interesse genötigt, sich zu wehren und damit zu schützen (siehe § 80). Durch diese Gesetzesregelung ist einerseits den Angegriffenen, die nichts für sich vorzubringen finden, erspart, aktiv am Verfahren teilzunehmen: solche lassen dann freiwillig ein Versäumnisverfahren über sich ergehen, das heißt einen nur mit dem Angreifer als Handelnden durchgeführten Prozeß; andererseits steht jenen die Möglichkeit einer Verteidigung gegen die geltend gemachten Rechtsschutzansprüche offen, welche eine solche Verteidigung für empfehlenswert halten.

Der Weg von dem Einlassungszwange gegen den Angegriffenen, von dem das römische und das deutsche Recht ursprünglich ausgingen, bis zu der jetzigen Regelung ist ein langer; er führte von dem Zwange durch missio in bona und Friedloslegung über die (sogenannte) affirmative zur heutigen negativen Litiskontestation, das heißt, vorläufig ungenau gesprochen (siehe §§ 82, 93), zu der Grundregel, daß der Säumige nicht nur seiner Einreden[3]) verlustig wird, sondern auch als der den Anspruch begründenden Tatsachen so geständig angesehen wird, als wie sie der Angreifer vorgebracht hat. Das ist das Mittel, um den mit Unrecht Angegriffenen zur Teilnahme am Verfahren zu veranlassen; er will hauptsächlich diese Tatsachenbehauptungen richtigstellen. Die Form hiefür ist die Gewährung des rechtlichen Gehörs wie für die Erhebung der Rechtsschutzansprüche an den Rechtsschutzwerber so auch an seinen Gegner, den Angegriffenen. Der Grundsatz geht in seiner jetzigen Fassung dahin: das Gericht soll nicht endgültig entscheiden, bevor nicht beide Prozeßparteien die Möglichkeit erhalten haben, vom Gerichte gehört zu werden; „eines Mannes Rede ist keines Mannes Rede, man soll sie hören alle beede"; die Durchführung dieses Grundsatzes ist in den drei verschiedenen

---

Abwehr- (Präklusions-) Prinzip Bülow im Arch. f. zivil. Praxis LXIV. S. 7, 29. Für das heutige Recht ergeben sich aus der Stellungnahme in dieser Kontroverse keine praktischen Konsequenzen.

[2]) Sie kann zu sachlich unbegründeten Entscheidungen und Vollstreckungen führen, da die Motive der Versäumung nicht geprüft werden, und da die Versäumnisfolgen auch eintreten, wenn das Motiv der Versäumnis nicht die Berechtigung des Rechtsschutzanspruches war.

[3]) Ausnahme: die Kompensationseinrede; a. M. auffallender Weise Karplus, Über Kompensation vollstreckbarer Forderungen (Jur. Bl. 1902 S. 349 ff.).

Verfahrensteilen (Erkenntnis-, Sicherungs-, Exekutionsverfahren) begreiflicherweise eine sehr verschiedene, da der Urteilsanspruch (der Regel nach) auf eine bloße Rechtsbehauptung zunächst sich stützt, während der Vollstreckungsanspruch den Exekutionstitel für sich, also der Regel nach ein vorausgegangenes rechtliches Gehör hinter sich hat, und während wider den Sicherungsanspruch mit Rücksicht auf seine provisorische, aber dringlich nötige Wirkung wieder eine andere Art des rechtlichen Gehörs erheischt ist (siehe § 82).

Die Gewährung des rechtlichen Gehörs an beide Parteien reicht aber für sich allein sowenig für den Angreifer als zum Schutze des Angegriffenen aus. Sie gewinnt Wert erst durch die gerichtliche Rechtsanwendung, die Entscheidung des Gerichtes, das ist die autoritative, bindende Erklärung desselben, was in concreto Rechtens sei, und ihre Durchsetzung durch das Gericht. Nur dann nun, wenn ein Gesetz die hinreichende Gewähr dafür bietet, daß seine Gerichtsentscheidungen gerecht sind, ist der zu Unrecht Angegriffene hinreichend geschützt. Dieser Grundsatz gerechter Entscheidung kann darum in keinem Zivilprozeßrechte entbehrt werden, wenn er auch keineswegs alleinherrschend ist, sondern den Erfordernissen des Wirtschaftslebens, der Rechtssicherheit, der Prozeßökonomie, der Staatsfinanzen[4]) u. dergl. m. Konzessionen machen muß, so daß in jedem Zivilprozesse neben der überwiegenden Masse gerechter einige „ungerechte" Entscheidungen vorkommen können. Der Hauptgrundsatz bleibt dabei doch die Erreichung des Gerechtigkeitszweckes, das heißt die Schaffung jener Rechtslage durch den Prozeß, wie sie nach der materiellen Rechtsordnung ohnedies bestehen sollte.

II. Erweist sich ein Urteilsanspruch als unbegründet, so wird er abgewiesen; erweist sich ein Vollstreckungsanspruch als unbegründet, so wird er abgewiesen, und wenn dieser Sachverhalt erst nach begonnener Exekution ermittelt wird (wie dies regelmäßig der Fall ist, § 3 E. O.), so wird die Exekution unter Aufhebung aller bis dahin vollzogenen Exekutionsakte eingestellt (§ 39 E. O.); erweist sich ein Sicherungsanspruch als unbegründet, so wird er abgewiesen, und wenn er (wie dies bei seiner Dringlichkeit vorkommt) schon in der Durchführung begriffen ist, so wird sie (mit Ausnahme der im § 384 Z. P. O. genannten Fälle) abgebrochen, und es werden die schon vollzogenen Sicherungsschritte rückgängig gemacht (§ 399 E. O.).

Alle diese Normen verfolgen den Zweck einer restitutio in integrum des Angegriffenen. Muß dieser schon um des allgemeinen Besten willen stets die Erhebung eines Rechtsschutzanspruches und die Verhandlung darüber, bisweilen (z. B. bei den meisten Vollstreckungsansprüchen) seine Durchsetzung sich gefallen und auf die schließliche gerechte Entscheidung sich vertrösten lassen, so ist es ein kaum abweisliches Gebot der Gerechtigkeit, den Angegriffenen dann wenigstens völlig in den früheren Stand einzu-

[4]) Beispiele solcher Konzessionen: die Beschränkungen des Instanzenzuges, der Kollegialgerichte; das Institut der Rechtskraft, jenes der Beweislast.

setzen, wenn der gegnerische Rechtsschutzanspruch als unbegründet erkannt ist. Nur kollidiert dieses Gebot der Gerechtigkeit bisweilen mit den Tatsachen, bisweilen mit anderen gleichwerten Grundsätzen (§ 367 a. b. G. B.; § 269 E. O.). Dann ist eine völlige restitutio in integrum undurchführbar, also z. B. dann, wenn der Beklagte seinen Dienstposten infolge der (unbegründeten) Alimentationsklage verloren hat, oder wenn das Exekutionsobjekt bereits an einen Gutgläubigen versteigert ist. Auch der Satz: pretium succedit locum rei hilft dann nicht immer, so z. B. in dem häufigen Falle nicht, daß der Versteigerungserlös hinter dem Werte der Sache zurückbleibt. Es ist Sache des Gesetzes, für die Auflösung solcher Dissonanzen Sorge zu tragen; siehe darüber § 12.

§ 12. Die Haftung für unbegründete Rechtsschutzansprüche.

I. Der Prozeß muß vom Angegriffenen erduldet werden, bringt ihm aber Nachteile. Diese Nachteile können folgendermaßen klassifiziert werden: Prozeßkosten; Schade, bei welchem der Prozeß die causa proxima (z. B. die Beschlagnahme einer Sache als Akt der Sicherstellungsexekution) oder remota ist (das Exekutionsobjekt ist z. B. unter seinem Werte losgeschlagen worden); Schade ex occasione des Prozesses (die Alimentationsklage veranlaßt den Prinzipal, dem Beklagten zu kündigen).

Ist der Rechtsschutzanspruch begründet, so läßt sich gegen dessen nachteilige Konsequenzen in der Regel nichts Erhebliches geltend machen. So sehr auch vom Gesetze verlangt werden muß, daß es sie begrenze (siehe z. B. S. 57 ff.), so wenig kann doch im konkreten Falle der Rechtsschutzwerber für den dennoch eingetretenen Schaden seines Gegners haftbar gemacht werden. Das ist auch der Standpunkt des Gesetzes: für die nachteiligen Folgen der Erhebung eines begründeten Rechtsschutzanspruches haftet der Rechtsschutzwerber dem Gegner in aller Regel (siehe aber § 48 Z. P. O.) nicht. Hievon besteht für die einstweiligen Verfügungen (dagegen nicht für Tatsachensicherungen) eine Ausnahme: auch wenn diese Rechtsschutzansprüche begründet sind, haftet der Sicherungswerber ebenso für die Folgen, als wenn er den Sicherungsanspruch nicht gehabt hätte — falls er keinen Urteils- oder Vollstreckungsanspruch hat (S. 67), erlangt oder geltend macht (§ 394 E. O.). Diese Ausnahme beruht darauf, daß diesen Sicherungsansprüchen Folge gegeben wird, ohne daß die materiellrechtliche Grundlage zureichend geprüft würde; als Gegengewicht gegen diese Erleichterung in der Geltendmachung des Sicherungsanspruches dient die erweiterte Haftung für seine Folgen.

II. Ganz anders steht die Frage nach dem Ersatze dieser Nachteile für den Fall, daß der Rechtsschutzanspruch sich als unbegründet erweist. Denn wenn auch die Unschuld keine Grade hat, und wenn man daher auch nicht sagen kann, der Sieger sei unschuldiger als der Unterliegende, so sprechen doch ähnliche Erwägungen hier gegen den Rechtsschutzwerber, wie sie von Menger und Unger für die Prozeßkostenersatzpflicht des Unterliegenden entwickelt sind. Das Gesetz hat jedoch diesen Gründen hier nicht

in vollem Umfange Rechnung getragen, sondern aus gerechtfertigten Rücksichten[1]) auf die Rechtssicherheit einen Mittelweg eingeschlagen. Derselbe hat für die obgenannten drei Gruppen von Nachteilen folgende Richtung:

a) Über die Prozeßkosten siehe § 10. Aus den dortigen Ausführungen ergibt sich, daß nicht alle Prozeßkosten zu ersetzen sind, und daß die zu ersetzenden rechtzeitig bei sonstiger Präklusion im Prozesse zu fordern sind. Daraus folgt, daß der Rest dieser Kosten und die präkludierten Kosten nicht abgesondert aus dem Titel des Schadenersatzes gefordert werden dürfen. Es hätte ja auch wenig Sinn, daß die Zivilprozeßordnung in den §§ 41 ff. das Maß des Ersatzanspruches und im § 54 den Zeitpunkt seiner Geltendmachung, letzteres mit einer Präklusionswirkung festsetzt (ebenso §§ 74 ff. E. O.), wenn diese Begrenzung und dieser Präklusiveffekt dann doch vermieden werden könnte. Aus diesen Sätzen ergeben sich Folgerungen: Prozeßkosten, für die man im Prozesse keinen Ersatzanspruch stellen könnte, z. B. solche des Antragstellers eines Wiedereinsetzungsverfahrens, kann man auch nicht mit Erfolg außerhalb desselben ersetzt fordern; Kosten, welche einer Partei wegen eines Zwischensieges, aber nicht unabhängig vom Prozeßergebnisse zugesprochen wurden (§ 44 Z. P. O.), z. B. die Kosten einer Exekution zur Sicherstellung oder der ihr nahestehenden nach § 505 Z. P. O. auf Grund zweier gleichlautender Urteile, darf diese Partei nicht außerhalb des Prozesses von dem schließlich (etwa durch die Revision) siegreichen Gegner fordern. Diese letzte Entscheidung ergibt sich übrigens nicht nur aus den §§ 41, 54 Z. P. O., sondern auch aus der Erwägung, daß es sich hier bei den Exekutionsanträgen zwar um eine Rechtsausübung, aber um eine solche auf eigene Gefahr handelt: der betreibende Gläubiger ist zwar zur Exekution berechtigt, hat den Vollstreckungsanspruch (§ 505 Z. P. O.; § 370 E. O.), aber er muß mit der Möglichkeit rechnen, daß durch ein ordentliches Rechtsmittel sein Vollstreckungs- oder Sicherungsanspruch vernichtet wird.

b) Der Schade ex causa des Prozesses wird durch die Wiederherstellung in den früheren Stand behoben, wenn erforderlich unter Heranziehung des Satzes: pretium succedit in locum rei. Wo auf diesem Wege der Schade nicht oder nicht völlig gutgemacht wird, besteht ein privatrechtlicher Ersatzanspruch dahin, daß der Unterlegene für sein Verschulden, sei es bei der Anstrengung, sei es bei der Durchführung des Prozesses, hafte. Zwar sagt das weder die Zivilprozeßordnung noch die Exekutionsordnung ausdrücklich; allein es folgt aus den §§ 1295, 1296 a. b. G. B.; § 408 Z. P. O. Gegenargumente gegen dieses Ergebnis bieten anscheinend die Tatsache, daß das Zivilprozeßrecht vom Willen bei den Prozeßhandlungen ganz absieht, und der Satz, daß es sich um eine Rechtsausübung handle (§ 1305 a. b. G. B.). Allein beide Argumente treffen nicht.

---

[1]) A. S. Schultze, Zur neuen dtsch. Z. P. O. (in Grünhuts Zeitschr. XXVIII. S. 538 ff.) hat sie gegen die neue dtsch. Z. P. O. entwickelt; deren Sätze sind dagegen von Jastrow, Der sozialpolitische Inhalt der Zivilprozeßnovelle (im Arch. f. soziale Gesetzgebung XII. S. 623 ff.), wenn auch mit Vorbehalt, verteidigt worden.

Denn die Prozeßhandlungen *sind Willenserklärungen*, und die eigentümliche, vom Willensmoment *für den Prozeß* absehende Behandlung der Willenserklärungen des Prozesses (§ 75) beschränkt sich auch auf den Prozeß; sie können außerhalb desselben darum wie andere Handlungen schadenersatzpflichtig machen. Und auch aus dem Grundgedanken des § 1305 a. b. G. B.: qui suo iure utitur, neminem laedit, kann kein Gegenargument mit Erfolg entnommen werden; denn wer einen unbegründeten Rechtsschutzanspruch erhebt, übt eben kein Recht aus.

Das *Maß* dieses Ersatzanspruches ist nach § 1324 a. b. G. B. dahin bestimmt, daß der Regel nach nur das damnum emergens zu ersetzen, nur bei böser Absicht oder auffallender Sorglosigkeit volle Genugtuung zu leisten ist; Art. 283 H. G. B. findet keine Anwendung, weil die Prozeßführung kein Handelsgeschäft ist. Ist der Schade aus „offenbarem Mutwillen" herbeigeführt, so hat der Sieger den Anspruch auf einen „entsprechenden Entschädigungsbetrag"[2] (§ 408 Z. P. O.), der nach der Sachlage das damnum emergens übersteigen darf, aber mindestens erreichen muß,[3] da sonst § 408 Z. P. O. hinter § 1324 a. b. G. B. zurückbliebe.

c) Jener Schade, für welchen der Prozeß nur die occasio ist, ist nach denselben Grundsätzen, daher in der Regel mangels des Verschuldens und sogar des Kausalzusammenhanges und wegen seiner Unvorhersehbarkeit nicht zu ersetzen.

d) *Die unverschuldete* Erhebung unbegründeter Rechtsschutzansprüche begründet der Regel nach (im Gegensatze zur Kostenersatzpflicht) keinen Ersatzanspruch,[4] da es hiefür an der (in der neuen deutschen Zivilprozeßordnung enthaltenen) Norm fehlt. Ausnahmsweise ist jedoch das Zivilprozeßrecht weiter als bis zur Schuldhaftung gegangen und hat den Grundsatz der Erfolghaftung auch auf den Schadenersatz ausgedehnt.

Im Anschlusse an das frühere österreichische Recht[5] ist das bei den einstweiligen Verfügungen der Fall. Wird dem Sicherungswerber dieser Sicherungsanspruch rechtskräftig aberkannt, so hat er dem Gegner „für alle ihm durch die einstweilige Verfügung verursachten Vermögensnachteile,[6] Ersatz zu leisten" (§ 394 E. O.; § 273 Z. P. O.). Damit kann, wie sub I, nach der historischen Entwicklung und beim Bestande des § 1324 a. b. G. B. nur die Erfolghaftung normiert sein; die Norm wäre auch sonst überflüssig. Sie findet ihre rationelle Begründung darin, daß dem Sicherungswerber die einstweilige Verfügung auf bloße Bescheinigungen hin bewilligt werden muß, so daß er von vorneherein damit rechnen soll, sie sei vielleicht sachlich unbegründet.

---

[2]) *Pfaff-Schey* Nr. 662.

[3]) Über seine Ermittlung siehe § 273 Z. P. O.

[4]) Siehe deutsches R. G. XI. S. 415; XXX. S. 419.

[5]) *Unger*, Handeln auf eigene Gefahr (2. Aufl.) S. 116 ff.; v. *Schrutka* in Grünhuts Zeitschr. XX. S. 182 ff.; a. M. *Kahane* in Grünhuts Zeitschr. XIX. S. 99 ff., woselbst sich eine Literaturübersicht für das gemeine Recht findet.

[6]) Nicht auch für andere; *Pfaff-Schey* Nr. 819.

In gleicher Weise ist auch im Anschlusse an das frühere österreichische Recht die Erfolghaftung verfügt,[7]) wenn eine Exekution zur Sicherstellung deshalb aufgehoben oder nicht vollzogen wird, weil glaubhaft gemacht wird, der materiellrechtliche Anspruch sei schon zur Zeit ihrer Bewilligung berichtigt oder sichergestellt gewesen, oder weil er nun dem Anspruchswerber rechtskräftig aberkannt ist, oder weil im Mahnverfahren die Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Widerspruchsfrist bewilligt wurde (§ 376 E. O.).

Dagegen fehlt eine gleiche Vorschrift für den Fall, daß auf Grund zweier gleichlautender Urteile die Exekution zur Befriedigung geführt, und daß dann infolge der Revision der Urteilsanspruch als unbegründet abgewiesen wird (§ 505 Z. P. O.). Der Fall steht nicht jenem gleich, in welchem auf Grund eines rechtskräftigen Exekutionstitels die Exekution geführt und dann der Titel durch einen außerordentlichen Rechtsbehelf (z. B. durch eine Nichtigkeitsklage) vernichtet wird. Zwar stehen beide Fälle einander darin gleich, daß der Gläubiger gegen den in Anspruch Genommenen niemals einen privatrechtlichen Anspruch hatte, sondern nur einen Vollstreckungsanspruch, der nun beseitigt wird. Diese Gleichheit führt auch dazu, in beiden restitutio in integrum zu gewähren. Aber weiter trägt der Gleichheitsgedanke an sich nicht. Denn die außerordentlichen Rechtsbehelfe sind etwas derart Seltenes, daß es eine unbillige Forderung an den betreibenden Gläubiger wäre, mit ihnen und ihrem Erfolge rechnen zu müssen; dagegen ist die Revision ein ordentliches Rechtsmittel, und man kann jedem betreibenden Gläubiger zumuten, daß er darauf gefaßt sei, sie werde Erfolg haben. Wenn nichtsdestoweniger die Zivilprozeßordnung der Konsequenz dieser Differenz (verschiedenartige Haftung in beiden Fällen) auswich und die Exekution zur Befriedigung in beiden Fällen gleichmäßig zuließ, so lag für den zweiten Fall (§ 505 Z. P. O.) der Grund darin, daß sie nur zur Verzögerung des Prozesses eingelegte Revisionen verhindern wollte[8]) und das sicherlich am sichersten durch die Zulassung der Exekution zur Befriedigung erreichte. Folgt daraus und aus dem Schweigen des Gesetzes, daß der betreibende Gläubiger hier nur nach der allgemeinen Regel (II b) für sein Verschulden hafte? Die Frage ist zu bejahen. Zwar würde das Schweigen des Gesetzes allein trotz der §§ 376, 394 E. O. diese Bejahung nicht mit Sicherheit ergeben, da dann nur das immer bedenkliche arg. e contr. vorhanden wäre. Allein durch die Normierung einer Erfolghaftung würde das Gesetz hier geradezu zweckwidrig handeln, weil dann selten der Sieger in zwei Instanzen auf seine eigene Gefahr zur Exekution zur Befriedigung schreiten würde, und weil damit die von Revisionen abschreckende Wirkung des § 505 Z. P. O. vernichtet wäre.

III. Die Form zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruches ist die Klage. Ein Antrag genügt, wenn im Erkenntnisverfahren wegen eines

[7]) Auf eine Anregung Ungers a. a. O. S. 112 Anm. 22 hin.

[8]) Materialien I. S. 362.

offenbaren Mutwillens eine Entschädigung verlangt wird (§ 408 Z. P. O.), — der Antrag ist nach der Analogie des Kostenersatzanspruches auch in zweiter Instanz zuzulassen, wenn der Entschädigungsanspruch erst durch die Berufung entstand — und bei den einstweiligen Verfügungen (§ 394 E. O.).

§ 13. Anhang: Die prozessualen Sicherheitsleistungen.[1])

Diese sind Sicherheitsleistungen für die Erfüllung prozessualer Pflichten oder für ein gewisses Verhalten im Prozesse; sie dienen also als eine Gewähr hiefür. Schon der römische, besonders aber der gemeinrechtliche Prozeß verwertete sie namentlich im Erkenntnisverfahren reichlich; er suchte hauptsächlich in ihnen den Schutz gegen den Mißbrauch von Prozeßrechten und eine Sicherung etwaiger Ersatzansprüche aus einem solchen Mißbrauche. So konnte z. B. der Kläger vom Beklagten beim Fluchtverdachte die cautio iudicio sisti und cautio iudicatum solvi fordern; floh dann der Beklagte dennoch und entzog sich damit dem Gerichtszwange oder der Exekution, so hielt sich der Kläger an die Kaution. Der Beklagte wieder durfte z. B. vom Kläger die cautio pro expensis für den Fall fordern, daß der Kläger den Prozeß verliere und den Kostenersatz zu leisten habe, die cautio de restituendo, wenn der Beklagte jetzt zahlen mußte, aber noch einen Rechtsbehelf hatte, um das Bezahlte dem Sieger wieder abzustreiten, also eine Kaution für eine jener des § 505 letzter Satz Z. P. O. ähnliche Situation. Die allgemeine Gerichtsordnung hat im Erkenntnisverfahren mit diesem Kautionensystem aufgeräumt und nur die cautio pro expensis aufrechterhalten (§ 406 a. G. O.), im Exekutions- und Sicherungsverfahren dagegen mehrere Fälle solcher Kautionen rezipiert (§§ 228, 277, 285, 293, 280, 289 a. G. O.), welche dann das spätere Recht noch vermehrte. Das geltende Zivilprozeßrecht kennt im Erkenntnisverfahren drei Fälle[2]) solcher Sicherheitsleistungen: für die Prozeßkosten bei Ausländern[3]) (§ 30), bei einem Pseudovertreter (§ 38 Z. P. O.; siehe § 27 IV) und bei Rekursen (§ 524 Z. P. O.); im Exekutionsverfahren drei Fälle bei der Exekutionsaufschiebung (§§ 43, 44 E. O.; Art. XXIII Einf. Ges. zur Z. P. O.; siehe § 90 IV), vier bei der Immobiliarversteigerung (§§ 147, 196, 200 Z. 1, 200 Z. 4 E. O.) und dann noch weitere Fälle in den §§ 220, 229,[4]) 266, 271, 304, 306 E. O.; im Sicherungsverfahren die Fälle der §§ 390, 398, 399 Z. 3 E. O.; § 458 Z. P. O. Nicht alle diese Fälle gehören hieher in den Zusammenhang dieses Abschnittes, sondern nur jene, welche die Prozeßkosten, den Schutz des Angegriffenen und die Haftung des un-

[1]) Das Institut wird hier in Gänze behandelt, obwohl es nur zum Teil in diesen Zusammenhang gehört.

[2]) Jener des § 407 Z. P. O. betrifft eine privatrechtliche Sicherheitsleistung, die sich aber freilich nach § 56 Z. P. O. richtet; verbis: „einer auf Grund der Bestimmungen dieses Gesetzes zu leistenden Sicherheit . . ." (§ 56 Z. P. O.).

[3]) Nebenintervenienten gehören nicht hieher; siehe § 24 Anm. 17.

[4]) Z. E. Nr. 49.

gerechten Angreifers betreffen; aber für alle genannten Fälle ist grundsätzlich die Sicherheitsleistung gleichmäßig geordnet.

Sie ist zu leisten durch den Erlag baren Geldes oder pupillarsicherer Wertpapiere nach der Wahl des Kautionspflichtigen; die Wertpapiere sind nach dem Kurse des Erlagstages zu berechnen. In Ermanglung pupillarsicherer Wertpapiere[5]) dürfen nach richterlichem Ermessen auch andere inländische kotierte Wertpapiere, ferner Einlagebücher inländischer Spar- oder Vorschußkassen zugelassen werden. Fehlen auch diese und bares Geld oder ist eines oder das andere nur schwer beschaffbar, so sind zur Sicherheitsleistung auch pupillarsichere Hypotheken in inländischen Grundstücken oder zahlungsfähige Bürgen, welche im Inlande einen allgemeinen Gerichtsstand haben, zuzulassen (§ 56 Z. P. O.; § 78 E. O.). Für manche Fälle geht diese Auswahl freilich zu weit und ist darum vom Gesetze beschränkt: nur bares Geld ist in den Fällen des Art. XXIII Einf. Ges. zur Z. P. O., § 200 Z. 4 E. O.; nur bares Geld oder inländische Wertpapiere sind im Falle des § 196 E. O. (Überbot) zugelassen; für das Vadium bei der Immobiliarversteigerung sind Bürgen ausgeschlossen[6]) (verbis: „den . . . Bietern ist die geleistete Sicherheit zurückzustellen"; § 149 E. O.) und Hypotheken nur beschränkt zugelassen (§ 148 Abs. 2 E. O.). In anderen Fällen (§§ 390, 398, 393[7]) E. O.) verwirft das Gesetz jede Beschränkung des richterlichen Ermessens, sei es auch jene durch ein Wahlrecht der Partei.

An der geleisteten Sicherheit besteht — mit der selbstverständlichen Ausnahme des Bürgen — ein gesetzliches Pfandrecht; dasselbe wird bei einem gerichtlichen Erlage durch diesen[8]) (§ 56 Z. P. O.), bei der Bestellung einer Hypothek aber durch die Ersichtlichmachung desselben in Form der grundbücherlichen Anmerkung (arg. § 148 E. O.) begründet und wirkt auch im Konkurse.[9])

Diese Sicherheitsleistung wird nicht im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt;[10]) wer sie zu leisten hat, aber nicht freiwillig leistet, wird also hiezu nicht gezwungen. Das Gesetz hat vielmehr einen anderen Weg zu ihrer Durchsetzung damit beschritten, daß es sie zur Suspensivbedingung eines günstigen Fortganges des Verfahrens für den Kautionspflichtigen macht;[11]) so muß z. B. der Pseudovertreter[12]) „vorgängig" Sicherheit leisten, ehe er zur einstweiligen Vertretung zugelassen wird (§ 38 Z. P. O.); ohne Vadium darf man nicht mitbieten (§ 180 E. O.); die einstweilige Verfügung wird nicht vollzogen, ehe die verlangte Sicherheit geleistet ist (§ 390 E. O.) u. s. f.

[5]) Bargeld ist in solchen Fällen wohl stets durch Verkauf der — nicht pupillarsicheren — Wertpapiere beschaffbar; das könnte aber manchmal sehr sachwidrig sein.

[6]) Schauer, E. O. S. 362; v. Czoernig S. 122.

[7]) Nicht auch in jenen der §§ 200 Z. 1, 271 E. O.; a. M. Neumann, Komm. I. S. 246 f.

[8]) Pfaff-Schey Nr. 522. Damit ist eine Kontroverse des deutschen Rechtes vermieden; Oertmann im Arch. f. zivil. Praxis LXXIX. S. 244 ff.

[9]) Pfaff-Schey Nr. 522; R. Pollak, Konkursrecht S. 261.

[10]) Einzige Ausnahme: die nachträgliche Erhöhung der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten; § 62 Abs. 2 Z. P. O.

[11]) Ähnlich Oertmann a. a. O. S. 256: die Sicherheitsleistung sei eine „Vorbedingung"; freilich lehnt er die Kautionspflicht überhaupt ab und kennt nur ein Recht zur Sicherheitsleistung.

[12]) Wenn sie überhaupt verlangt wird (§ 38 Z. P. O.).

Zweiter Abschnitt.

Der Zivilprozeß.

§ 14. Die Rechtsverfolgung.[1]

Die materielle Rechtsordnung bedarf der Möglichkeit einer Rechtsverfolgung, soll sie als Rechtsordnung erhalten bleiben, das heißt soll sie die Sicherheit und Ordnung in den Lebensverhältnissen der Menschen gewährleisten. Diese Rechtsverfolgung zerfällt in eine ungeordnete und in eine geordnete, diese in eine privat und in eine staatlich geordnete; die staatlich geordnete Rechtsverfolgung zerfällt in eine nicht staatliche und in eine staatliche, diese in eine solche in Straf-, Administrativ- und Zivilsachen. Die Rechtsverfolgung in Zivilsachen ist eine solche vor Verwaltungsbehörden, Straf- und Zivilgerichten, jene vor den Zivilgerichten eine solche im Zivilprozesse oder im Verfahren außer Streitsachen (siehe § 3).

Die ungeordnete Rechtsverfolgung ist vielleicht nicht ihre älteste,[2] aber jedenfalls die Form eines niederen Kulturstandes, soweit Verhältnisse innerhalb eines Staates in Frage kommen; man pflegt sie die Selbsthilfe zu nennen, und sie spielt als Krieg[3] noch eine erhebliche Rolle über die Grenzen des einzelnen Staates hinaus. Bei ihr gibt der sein Recht oder, was er dafür hält, Verfolgende der Verfolgung selbst und allein das Maß und die Form; er stellt den Kläger und Richter in einer Person dar, klagt, verurteilt und vollstreckt selbst. Damit wird die Rechtsverfolgung statt von objektiven Maßstäben von seiner Macht und seinem Gemütszustande abhängig und überschreitet überdies allzu leicht die Grenzen des Nötigen und Zulässigen. Sie ist darum im Staate grundsätzlich verboten (§ 19 a. b. G. B.) und nur dort zugelassen, wo die staatliche Hilfe zu spät käme[4] (§ 2 Str. Ges.; §§ 344, 1321 a. b. G. B.).

---

[1]) Menger, System S. 1 ff.; Pfaff-Krainz-Ehrenzweig I. S. 414 ff.; Wach, Handbuch I. S. 1 ff.; R. Schmidt, Lehrbuch S. 1 ff.

[2]) Gegen diese Annahme v. Zallinger, Wesen und Ursprung des Formalismus S. 21 ff.; Klein, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse S. 5 ff.

[3]) Dessen Regeln können hier außer Betracht bleiben.

[4]) Gl. U. Nr. 3245; Kahane, Das Selbsthilferecht (in Gellers Ztbl. VIII. S. 281 ff.); Heyer, Die Selbsthilfe (im Archiv für bürgerl. Recht XIX. S. 38 ff.).

Geordnet nennen wir jede Rechtsverfolgung, welche an Regeln gebunden ist, welche nicht bloß der Verfolgende ihr gibt. Sie können daher auch von diesem im Vereine mit seinem Gegner aufgestellt sein, so bei Vergleichen, bei internationalen Schiedsgerichten, bei der Einigung auf das arbitrium eines Schiedsmannes (§ 835 a. b. G. B.). Diese Art der geordneten Rechtsverfolgung steht für Zivilsachen den Parteien stets frei; doch schöpft dann die Erledigung (Entscheidung) des Streitpunktes ihre verbindende Kraft nur aus dem Parteienwillen und kann sich auf diesem Wege der Rechtsverfolgung nicht zwangsweise durchsetzen.

Häufiger ist es natürlich, daß der Staat die Regeln der Rechtsverfolgung gibt; seine den Streitenden im Staate übergeordnete Stellung prädestiniert ihn dazu. Eine staatliche Rechtsverfolgung braucht das deshalb noch nicht zu sein, was er einführt. Vielmehr kann er auch für die private Rechtsverfolgung Regeln festsetzen, denen er die Beachtung dadurch sichert, daß er den mit Beobachtung dieser Regeln von Privaten ergangenen Streiterledigungen eine Stellung und Bedeutung ähnlich oder gleich den staatlichen Entscheidungen gewährt. Eine solche staatlich geordnete, aber nicht staatliche Rechtsverfolgung besteht in Zivilsachen durch das Institut der Schiedsgerichte[5]) (§§ 577 ff. Z. P. O.), welche entweder für den einzelnen Fall zusammengesetzt werden können oder ständige Schiedsgerichte sind[6]) (Art. XII Z. 1—4, 6 Einf. Ges. zur Z. P. O.; § 599 Z. P. O.). Die Verwendung dieser Institute steht den Parteien frei, wenn sie den Streitgegenstand durch Vergleich ordnen dürften (§ 577 Z. P. O.), kann ihnen aber nicht aufgezwungen werden. Die Einrichtung verfolgt ähnliche Zwecke wie jene der staatlichen Rechtsverfolgung; schon Paullus sagt: compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finendas lites pertinet. Nur beschränkt sich die Bedeutung der Schiedsgerichte jetzt auf das Erkenntnisverfahren. Ist die staatliche Rechtsverfolgung unzureichend, so wächst die Verwendung dieser schnell, aber nicht immer gut und billig arbeitenden Institute.

Die normale Form der Rechtsverfolgung ist im modernen Staate die staatliche. Sie zu gewähren ist der Staat verpflichtet (§ 1 des Ges. vom 27. Oktober 1862 Nr. 87); er darf darum keinen Rechtsschutzanspruch gewähren, für den er nicht auch seine Rechtsverfolgung zur Verfügung stellt. Andererseits muß sich jeder Untertan[7]) diese staatliche Rechtsverfolgung gefallen lassen, während eine private von seiner Zustimmung abhängt, ihre Kraft dieser entnimmt. Mit diesen Grundsätzen vermag denn die staatliche Rechtsverfolgung nicht nur den jeder Rechtsverfolgung eigenen Repressionszweck geschehenen Unrechtes, sondern auch den Präventionszweck zu erfüllen. Weil jeder Rechtsunterworfene sich ihr beugen und weil er darauf rechnen muß, durch die Staatsgewalt zur

[5]) Menger S. 5 rechnet sie zur ungeordneten Rechtsverfolgung.

[6]) Sie dürfen nicht mit den gleichbenannten staatlichen Schiedsgerichten verwechselt werden (siehe § 37); in dieser Verwechslung liegt der Hauptfehler des Buches von v. Lindheim, Das Schiedsgericht im modernen Zivilprozesse.

[7]) Nicht im Sinne von Staatsbürger.

Erfüllung seiner Pflichten wider seinen Willen gezwungen zu werden, wird er in einer großen Zahl von Fällen es zu einem Zwange gar nicht kommen lassen, sondern ohne denselben erfüllen. Man braucht nicht zu leugnen, daß zahlreiche Verpflichtungen auch ohne die drohende Staatsgewalt, also in Wahrheit freiwillig erfüllt werden, und muß dennoch diese präventive, abschreckende Wirkung der Rechtsverfolgung durch den Staat sehr hoch einschätzen. Sie bildet ein häufig von den Kritikern übersehenes wichtiges Motiv für den Gesetzgeber, die Rechtsverfolgung energisch, billig und schnellarbeitend zu gestalten; hiedurch wächst ihre abschreckende Kraft für die Schuldigen, und es vermindert sich die Zahl der Prozesse.

Diese staatliche Rechtsverfolgung zerfällt in ein Straf-, Verwaltungs- und Zivilverfahren. Straf- und Zivilverfahren sollen vom Verwaltungsverfahren nach Behörden getrennt sein; „die Rechtspflege wird von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt" (Art. XIV des Ges. vom 27. Dezember 1867 Nr. 144). Mit diesem Satze, der eine schon von Aristoteles aufgestellte und dann von Montesquieu im Jahre 1748 neuerlich erhobene Forderung verwirklichen sollte, und dem der in der Regel nicht betonte Gegensatz entspricht, daß die Verwaltung auch in allen Instanzen von den Gerichten getrennt sein solle, ist im wesentlichen der Endpunkt einer unter Maria Theresia beginnenden Abtrennung der Justizbehörden von den Verwaltungsbehörden bezeichnet, welche derart gedacht ist, daß die Gerichte den Schutz der Privatrechtsordnung,[8]) die Verwaltungsbehörden jenen der Ordnung des öffentlichen Rechtes üben sollten; der Verschiedenheit der Rechtsgüter und Behörden würde dann auch sachgemäß eine Verschiedenheit der Verfahren entsprechen, für welche man etwas zu prägnant die Formel hatte: das Administrativverfahren[9]) sei ein solches von Amts wegen und von der Offizialmaxime, das Zivilverfahren sei ein solches auf Antrag und von der Verhandlungsmaxime beherrscht. In Wahrheit ist diese Teilung des Schutzes der Rechtsgüter unter die Behördenkategorien nicht völlig durchgeführt (siehe S. 15 f.), und wenn man als das Zivilverfahren jenes ansieht, in welchem die Privatrechtsordnung, die Privatrechtsgüter erhalten und geschützt werden sollen, so muß man ein Zivilverfahren vor den Verwaltungsbehörden[10]) und ein solches vor den Zivilgerichten unterscheiden.[11])

Das zivilgerichtliche Verfahren ist dann die geordnete staatliche Rechtsverfolgung vor den Zivilgerichten zur Aufrechthaltung der Privatrechtsordnung, die Rechtspflege „in bürgerlichen Rechtssachen" (§ 1 J. N.).

---

[8]) Die Strafsachen bleiben außer Betracht.

[9]) Es ist kein einheitliches, sondern zerfällt in ein Verwaltungsverfahren i. e. S. und in die Verwaltungsjustiz; Tezner, Handbuch des Verwaltungsverfahrens; v. Lemayer, Der Begriff des Rechtsschutzes im öffentlichen Rechte (1902).

[10]) Es ähnelt dem Zivilprozesse; v. Schrutka im Österr. Staatswörterbuch I. S. 275; R. Pollak i. e. l. I. S. 295.

[11]) Es gibt auch eines vor den Strafgerichten (Adhäsionsprozeß); Hoegel in Grünhuts Zeitschr. XX. S. 265 ff.; Horten, J. N. S. 77 ff.

Dieses zivilgerichtliche Verfahren zerfällt nun noch in den Zivilprozeß (Verfahren in Streitsachen) und in die freiwillige Gerichtsbarkeit[12]) (Verfahren außer Streitsachen). Es handelt sich hiebei um zwei ursprünglich grundverschieden angelegte, jetzt aber einander erheblich näher gerückte Verfahrensarten, deren wesentliche Differenz heute ist, daß dem Verfahren außer Streitsachen (zu dem z. B. die Nachlaßabhandlung, Konkursverhandlung,[13]) das Grundbuchwesen gehören) das Zweiparteienverhältnis nicht wie dem Zivilprozesse essentiell ist, daß es den Tatsachenstreit möglichst (wie freilich auch das Exekutionsverfahren) vermeidet und etwas mehr als der Zivilprozeß von der Offizialmaxime erfüllt ist. Unrichtig wird ihr Gegensatz dahin von Puchta gefaßt, der Zivilprozeß sei ein Streitverfahren, jenes außer Streitsachen nicht, unrichtig auch von der Glosse dahin, jener sei die Zwangs-, dieses eine Rechtsgeschäftsordnung; auch die daran anklingende Auffassung von Anton Menger, jener sei repressiv, dieses präventiv, ist minder bezeichnend als die wenigstens für die Regel[14]) der Fälle richtige Auffassung Wachs, der Zivilprozeß bewähre die Rechtsordnung, das Verfahren außer Streitsachen entwickle sie weiter; nach diesem Gedanken sind die beiden Verfahrensarten wenigstens eingerichtet, wenn auch ihre Verwendung sich nicht immer nach dieser Einrichtung richtet (siehe S. 13 ff.).

§ 15. Der Zivilprozeß.[1])

I. Er ist die Form der gerichtlichen Verwirklichung der Privatrechtsordnung, insofern hiezu nicht ausdrücklich das Verfahren außer Streitsachen herangezogen wird. Die Verwirklichung der Privatrechtsordnung setzt eine bestimmte bestehende Privatrechtsordnung voraus; sie und die aus ihr entspringenden Rechtsverhältnisse und Ansprüche zu erhalten, nicht sie zu bilden oder zu verbessern, ist positivrechtlich der Zivilprozeß bestimmt[2]) (siehe § 34 III). Seiner Aufgabe kann er in zweifacher Weise gerecht werden: entweder durch eine stete, allgegenwärtige Überwachung der durch die Privatrechtsordnung geregelten Lebensverhältnisse, damit jede Verletzung der Rechtsordnung vermieden oder wenigstens sofort bekannt und behoben werde; oder dadurch, daß die Wahrung der Privatrechtsordnung den Interessenten überlassen wird. Das Gesetz hat für den Zivilprozeß seit altersher den zweiten Weg gewählt, ein Ein-

[12]) Grundgesetz: kais. Pat. vom 9. August 1854 Nr. 208.

[13]) Streitig; siehe R. Pollak, Konkursrecht S. 23 ff.

[14]) Eine Ausnahme bilden z. B. die Rechtsgestaltungsklagen.

[1]) Der terminus entstammt dem kanonischen Rechte; unrichtig gebildet ist der häufige terminus „Prozeßverfahren". Mit dem terminus „Rechtsstreit" pflegt man nur selten den (ganzen) Zivilprozeß, in der Regel sein Erkenntnisverfahren zu bezeichnen; so Art. I Einf. Ges. zur Z. P. O. und besonders deutlich Art. I Einf. Ges. zur E. O. Vergl. auch Drechsler, Über die Begriffe „Zivilprozeß" und „Rechtsstreit" (im Arch. f. zivil. Praxis LXII. S. 405 ff.).

[2]) Ausnahmen hinsichtlich der Ansprüche: Rechtsgestaltungsklagen; § 317 Z. P. O. u. s. f.

greifen von Amts wegen abgelehnt, nur ein solches der Gerichte auf Antrag zugelassen; dieses System erfordert und erhält seine Ergänzung durch die Normierung der Rechtsschutzansprüche, deren es nicht bedürfte, wenn von Amts wegen gegen jede Privatrechtsverletzung eingeschritten würde. Die gewählte Alternative hat ihre Vor- und Nachteile; die Vorteile bestehen in einer wesentlichen Entlastung des Staates von polizeilichen und vormundschaftlichen Agenden, ferner für die Rechtsunterworfenen in der Entlastung von einer kaum erträglichen Beaufsichtigung und Bevormundung in den Privatrechtsangelegenheiten; die Nachteile bestehen darin, daß viele Rechtsverletzungen unbehoben bleiben, weil die Verletzten aus Bequemlichkeit, Unkenntnis, Scheu vor dem Gerichte u. s. f. die Anrufung des Gerichtes unterlassen. Die Vorteile überwiegen die Nachteile an sich bedeutend, und die letzteren können auch durch die Schaffung des leichten Zutrittes zu den Gerichten und durch die Verbreitung der Aufklärung darüber erheblich vermindert werden.

Der Zivilprozeß ist demnach ein Antragsverfahren; er wird nur auf Antrag eines Rechtsschutzwerbers eröffnet. Das gilt für jeden seiner drei, an sich von einander unabhängigen Teile: Erkenntnisverfahren (für die Urteilsansprüche), Exekutionsverfahren (für die Vollstreckungs- und Teilnahmeansprüche) und Sicherungsverfahren (für die Sicherungsansprüche). Jeder Teil kommt also nur auf Antrag einer Partei in Gang,[3]) wenn auch sein Fortgang dann nicht immer fortgesetzter Anträge bedarf.

Der Zivilprozeß beruht auf dem Zweiparteiensysteme, das heißt: der Rechtsschutzanspruch muß gegen eine bestimmte Person gerichtet sein (siehe § 22). Entsprungen ist dieses Erfordernis der Erwägung, daß es sich im Zivilprozesse der Regel nach um einen privatrechtlich Verpflichteten handelt, und daß man wie vom etwa Verletzten den energischesten Angriff, so vom angeblichen Verletzer die beste Verteidigung hier zu erwarten sich berechtigt fühlt. Dieser Gedankengang hat sich in der Erfahrung als im wesentlichen richtig erwiesen, so daß man das Zweiparteiensystem auch dort beibehielt, wo der Angegriffene gar nicht der Verpflichtete war, wo also das verpflichtete und das passive Subjekt (S. 3, 17) nicht zusammenfielen (siehe z. B. § 37 E. O.). Es gibt also grundsätzlich keine Klage ohne einen bestimmten vom Kläger verschiedenen Beklagten, keinen Exekutionsantrag ohne einen solchen bestimmten Verpflichteten.[4])

Das System des Zweiparteienverhältnisses erfährt erst durch den Grundsatz des beiderseitigen rechtlichen Gehörs (siehe §§ 11, 82) seine richtige Beleuchtung. Man verlangt zwei Parteien mit einander entgegengesetzten Interessen, weil in ihrem Widerstreite die Wahrheit am leichtesten an den Tag kommen werde; die eine kontrolliere die andere. Das setzt aber voraus, daß beide vor Gericht gehört werden, und so ist der Grundsatz des beiderseitigen Gehörs eine zwar nicht begrifflich, aber sachlich notwendige Folge des Systemes des Zweiparteienverhältnisses.

---

[3]) Die Exekutionsordnung kennt geringfügige Ausnahmen.

[4]) Die Ausnahmen siehe im § 22 III.

Mit diesen drei Erfordernissen: dem Antrag, dem Zweiparteienverhältnis, dem rechtlichen Gehör — erschöpft sich der notwendige Inhalt eines jeden modernen Zivilprozesses; nimmt man aber eines oder das andere dieser Erfordernisse weg,[5]) so verflüchtigt sich die Vorstellung des Zivilprozesses als einer besonderen Verfahrensabteilung und der Begriff desselben wird gesetzestechnisch und systematisch unverwendbar.

II. Der Zivilprozeß dient der gerichtlichen Verwirklichung der Privatrechtsordnung, nicht der Schaffung von Rechtswirkungen durch Private: „Prozessieren heißt nicht Verfügen".[6]) Es ist daher ein Mißbrauch des Zivilprozesses, wenn die Parteien ihn einverständlich dazu gebrauchen, um rechtsgeschäftliche Erfolge zu erzielen, die außerhalb des Prozesses erzielbar wären, z. B. um die Form eines Notariatsaktes zu umgehen oder um ein richterliches Pfandrecht statt eines vertragsmäßigen zu ermöglichen. Solche Scheinprozesse[7]) waren im römischen Rechte und im altdeutschen Rechte freilich erlaubte Formen des rechtsgeschäftlichen Verkehres[8]) (siehe z. B. die in iure cessio), waren es auch noch im mittelalterlich-deutschen Rechte[9]) (instrumenta guarentigiata; siehe S. 30), sind es aber heute nicht mehr. Entdeckt das Gericht ihre Scheinnatur, so hat es darum das Verfahren mangels geltend gemachten Rechtsschutzanspruches einzustellen; das etwa gefällte Urteil behielte freilich alle Urteilswirkungen, kann aber unter Umständen nach dem Anfechtungsgesetze angefochten werden.[10])

§ 16. Die Rechtsquellen.[1])

I. Maria Theresia fand bei ihrem Regierungsantritte sowohl eine dezentralisierte Rechtspflegeorganisation, zum Teile sogar aus nichtstaatlichen Organen bestehend, als auch nach den Provinzen verschiedene Verfahrensnormen vor, von denen die innerösterreichischen mehr deutschrechtlicher, die böhmisch-mährischen in Gemäßheit der Entwicklung seit der Rezeption des kanonisch-gemeinrechtlichen Prozesses im Jahre 1627 mehr gemeinrechtlicher

---

[5]) So Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 2; dagegen R. Pollak in Grünhuts Zeitschr. XXVII. S. 250 ff.

[6]) Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 108.

[7]) Sintenis, Der simulierte Prozeß (in Zeitschr. für dtsch. Z. P. XXX. S. 370 f.); Messina, Contributo alla dottrina della confessione S. 60 ff.; Fellner-Ohmeyer Nr. 35 (ein interessanter Fall eines simulierten Schiedsspruches).

[8]) Degenkolb, Einlassungszwang S. 234 ff.; Ihering, Geist des römischen Rechtes II. § 46, III. § 28.

[9]) Briegleb, Die summarischen Prozesse S. 515 f.

[10]) Menzel, Anfechtungsrecht S. 74 ff.; Jaeger, (deutsche) Konkursordnung S. 252.

[1]) Zur Rechtsgeschichte: Domin-Petrushevecz, Neuere österreichische Rechtsgeschichte; Haimerl, Über die legislative Tätigkeit auf dem Gebiete des zivilgerichtlichen Verfahrens (in seiner Vrtjschr. X. S. 132 ff.); v. Canstein, Lehrbuch der Geschichte und Theorie des Zivilprozeßrechtes I. S. 152 ff.; J. Ch. Schwartz, Vierhundert Jahre deutscher Zivilprozeßgesetzgebung (1898).

Natur waren.[2]) Die Einheitstendenzen der Kaiserin fanden hier ein mehrfaches Ziel.

Die Verstaatlichung der ganzen Rechtspflegeorganisation gelang ihr so wenig als ihren nächsten Nachfolgern; als Justizbehörden erster Instanz erhielten sich vielmehr die Patrimonialgerichte bis zum Jahre 1848, durch ihre Aufhebung eine erhebliche Verbesserung der Rechtspflege mit einer empfindlichen Verminderung der Gerichtsstellen bewirkend. Dagegen hatten die Zentralisationstendenzen schon unter Maria Theresia den erheblichen, nicht wieder verlorenen und nicht einmal angefochtenen Erfolg, daß in der obersten Justizstelle[3]) im Jahre 1749 ein für die „Erblande" gemeinsames höchstes Gericht (verbunden mit einer einheitlichen höchsten Justizverwaltungsbehörde) entstand, aus welcher am 21. August 1848 der oberste Gerichtshof und das Justizministerium gebildet wurden.

Die Rechtsquellen für das Verfahren vor den Gerichten blieben zunächst bunt genug. Für die Zuständigkeitsvorschriften (Jurisdiktionsnormen) blieb es unter Maria Theresia und für lange noch bei der Regelung nach Ländern; erst das Jahr 1850 machte dem im wesentlichen, erst das Jahr 1898 ganz ein Ende. Dagegen gelang die Herstellung eines einheitlichen Verfahrens Österreich etwa gleichzeitig mit Preußen und Frankreich. Schon Kaiser Karl VI. wollte wenigstens für die böhmisch-mährischen Länder ein einheitliches Verfahren haben und bestellte darum eine böhmische Kompilationskommission, welcher der Referent Professor Neumann schon seinen Entwurf vorgelegt hatte, als der Tod des Kaisers allen auf Frieden verwiesenen Bestrebungen ein Ende machte. Für die Rechtsentwicklung Österreichs war dieses Scheitern des Neumann'schen Werkes wohl ein Glück; denn der Schaffung einer Rechtseinheit hätte vermutlich ein einheitliches böhmisch-mährisches Zivilprozeßrecht erheblich größere Schwierigkeiten entgegengesetzt, als es dann die Rechtssysteme kleinerer Ländergebiete konnten. Nach der Beendigung der Erbfolgekriege nahm Maria Theresia den Plan ihres Vaters in erweiterter und vertiefter Form auf und berief im Jahre 1753 eine Kompilationskommission, welche unter anderem „allen Erbländern eine gleichförmige rechtliche Verfahrensart" geben sollte. Als Referent fungierte zuerst Hofrat Holger, dann Regierungsrat Froidevo. Am 5. September 1775 wurde des letzteren Entwurf sanktioniert, die Sanktion dann freilich zurückgezogen; aber Kaiser Josef II. erteilte sie neuerlich, und mit Pat. vom 1. Mai 1781, J. G. S. Nr. 13, wurde er als „allgemeine Gerichtsordnung" (a. G. O.) für Böhmen, Mähren, Schlesien, Nieder- und Oberösterreich, Steiermark, Kärnten, Krain, Görz und Gradiska, Triest, Tirol und die Vorlande publiziert. Diese allgemeine Gerichtsordnung ist das erste prozessuale Reichsgesetz Österreichs und hat als solches, zum Teile in ihrer ursprünglichen Fassung, in manchen Provinzen (Galizien, Salzburg, Tirol, Istrien,

[2]) A. Menger, Die Zulässigkeit neuen tatsächlichen Vorbringens in höherer Instanz; Ott, Beiträge zur Rezeptionsgeschichte des römischen und kanonischen Prozesses in den böhmischen Ländern (1879).

[3]) v. Maasburg, Geschichte der obersten Justizstelle in Wien (2. Aufl. 1892).

Dalmatien) in zwei jüngeren Redaktionen (W. G. O., T. G. O.) bis zum 1. Jänner 1898 gegolten.

Der allgemeinen Gerichtsordnung kommt somit eine erhebliche politische Bedeutung zu; was sie zuerst erreichte, das Stück Rechtseinheit, das sie brachte, ist Österreich nicht mehr verloren gegangen. Aber sie ist auch als Gesetzgebungsakt der Aufklärungszeit würdig gewesen; denn sie war eine vortreffliche, knappe Redaktion des gemeinrechtlichen Prozesses jener Zeit.[4]) Mit den darnach rezipierten Grundsätzen der Heimlichkeit, Schriftlichkeit, Verhandlungsmaxime und gesetzlichen Beweistheorie stand sie freilich in Gegensatz zur preußischen allgemeinen Gerichtsordnung mit ihrer Untersuchungsmaxime, zum code de procédure mit seinen Prinzipien der Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Verhandlungen. Als es sich nun herausstellte, daß die allgemeine Gerichtsordnung trotz ihrer guten Fassung keinen schleunigen und billigen Prozeß brachte, lag es nahe, da man politisch freie Hand hatte, die Abhilfe bei einem der beiden anderen Systeme zu suchen. Man wählte das freilich inzwischen in Preußen selbst aufgegebene System der preußischen allgemeinen Gerichtsordnung, allerdings, ohne sich zu seiner völligen Rezeption entschließen zu können. So entstand das sogenannte Summarverfahren (Hofd. vom 24. Oktober 1845, J. G. S. Nr. 906) für Prozesse bis zu 200 fl. K. M., später bis zu 500 fl. ö. W., während für die höheren Summen die allgemeine Gerichtsordnung in Geltung blieb. Der Versuch mit dem Summarverfahren ist völlig mißglückt; zum Teile lag das an der Halbheit seiner Grundzüge, die neben der abgeschwächten Untersuchungsmaxime die Schriftlichkeit des Verfahrens und die gesetzliche Beweistheorie festhielten; zum großen Teile lag es aber an der unzureichenden Besetzung und Energie der Gerichte und an dem Widerstande der Advokaten.

Es ist klar, daß man nach diesem Mißerfolge zwar das Summarverfahren noch zur Grundlage einiger Spezialgesetze machen, aber nicht mehr zur Grundlage der ganzen Reform ausersehen mochte. Hiefür erschien nun das dritte der Prozeßsysteme, der französische Prozeß, verlockend, welcher inzwischen im Jahre 1850 für Hannover und dann andere deutsche Staaten das Vorbild abgegeben hatte und durch die Hannover'sche Zivilprozeßordnung einen großen Einfluß auf die deutschen Reformbestrebungen übte. So zeigen denn die österreichischen Entwürfe einer Zivilprozeßordnung von 1862,[5]) 1866, 1867, 1870, 1876 und 1881 und der sodann in der zehnten Session vorgelegte Entwurf eines Gesetzes über das mündliche Summarverfahren in allen wesentlichen Zügen das Bild zuerst der deutschen Entwürfe, dann der deutschen Zivilprozeßordnung; Gesetz wurde keine dieser Vorlagen, so weit auch manche in der parlamentarischen Beratung kamen, so daß eine allgemeine Mutlosigkeit einriß und man sich mit dem Gedanken an eine Fortdauer der allgemeinen Gerichtsordnung und des

---

[4]) Vergl. Glaser, Gesammelte kleine Schriften II. S. 352; Pfaff-Hofmann, Komm. I. S. 17 Anm. 84.

[5]) Ein Entwurf vom Jahre 1861 wurde nicht publiziert.

Summarverfahrens von 1845 mit dem Wuste der daranhängenden hunderten von kleineren Vorschriften in Form von Gesetzen, Patenten, Hofdekreten u. s. f. vertraut machte. Als fast einzige wertvolle Frucht aller dieser Vorbereitungsarbeiten erscheint das Gesetz vom 27. April 1873 Nr. 66, welches die Grundsätze der deutschen Entwürfe über die Öffentlichkeit, Mündlichkeit der Verhandlung und freie Beweiswürdigung für die Prozesse bis 25 fl., später bis 50 fl. (eventuell bis 500 fl.) völlig rezipierte und sich wegen der schleunigen und billigen Rechtsprechung, die es bot, beim Publikum trotz einer gewissen, durch den weitgehenden Ausschluß von Rechtsmitteln bedingten Unsicherheit der Rechtsprechung einer großen Beliebtheit erfreute.

Schwerlich würde jemand in den Siebziger-Jahren mit der Behauptung Glauben gefunden haben, daß das Scheitern der obgenannten Entwürfe ein Vorteil sei; dennoch hat er sich als ein solcher herausgestellt. Man konnte infolge dieses Scheiterns die deutschen Erfahrungen verwerten und hatte auch mehr Anlaß, der Differenz zwischen den österreichischen und deutschen Kulturverhältnissen, zwischen den Richter- und den Advokatenständen in beiden Staaten u. s. f. eine erhöhte Aufmerksamkeit zu widmen. So trat denn im Jahre 1891 Franz Klein mit einer Schrift „Pro futuro" auf, welche — nur das Erkenntnisverfahren behandelnd — in sehr wesentlichen Punkten eine Abkehr von den Grundsätzen der deutschen Zivilprozeßordnung bedeutet. Das Buch erregte berechtigtes Aufsehen; sein Autor wurde in das Justizministerium berufen, und schon im Jahre 1893 konnte der Justizminister Graf Schönborn die von Klein verfaßten Entwürfe einer Jurisdiktionsnorm, Zivilprozeßordnung und Exekutionsordnung dem Parlamente in dessen elfter Session vorlegen. Eine Darstellung dieser Entwürfe gehört nicht hieher, umsoweniger als ihre Normen größtenteils Gesetz wurden. Es mag darum nur die eine Bemerkung Platz finden, daß sie in grundlegenden Fragen originell waren, sich zwar in Details mehrfach an das deutsche Vorbild anlehnten und auch mit Recht vielfach erprobte österreichische Normen festhielten, so namentlich die Wahrheitspflicht der allgemeinen Gerichtsordnung und die Prozeßleitung des Summarverfahrens, aber daß sie auch die übernommenen Normen unter vielfach neuen Gesichtspunkten betrachteten; so stellten sich die Entwürfe im ganzen als eine höchst wertvolle selbständige Geistesschöpfung dar, welche sich in der Literatur[6]) alsbald Freunde und Feinde, im Parlamente aber sofort fast nur Freunde erwarb. Durch ein aus

[6]) Die Wiener und die Bozener Advokatenkammer erstatteten Gutachten; aus der sonstigen Literatur zu den Entwürfen: Trutter, Die österreichischen zivilprozessualen Gesetzentwürfe (in Grünhuts Zeitschr. XXII.); Petersen, Die Entwürfe zu einer Z. P. O. für Österreich (Sächs. Archiv III. IV.); Konrad Schneider, Der neue österreichische Entwurf einer Z. P. O. (im Archiv f. öffentl. Recht IV.); Wach, Die Mündlichkeit im österreichischen Zivilprozeßentwurfe (1895); v. Schrutka, Der Entwurf eines Gesetzes über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen; E. Demelius, Kritische Studien zu den Gesetzentwürfen aus dem Jahre 1893, 2 Hefte; Kornfeld, Zivilprozessuale Grundsätze (1893).

der Initiative des Abgeordneten Dr. Baernreither hervorgegangenes Beratungsgesetz vom 5. Dezember 1894 Nr. 224 wurde die Spezialdebatte im Plenum des Reichsrates abgeschnitten, ein eigener Beratungsmodus in den Ausschüssen und Kommissionen eingeführt und hiedurch eine sehr beschleunigte Beschlußfassung des Reichsrates ermöglicht; als Referenten fungierten im Abgeordnetenhause Baernreither (für die Jurisdiktionsnorm und Zivilprozeßordnung) und Fanderlik (für die Exekutionsordnung), im Herrenhause v. Habietinek (für die Jurisdiktionsnorm), Graf Chorinsky (für die Zivilprozeßordnung), Ritter von Haslmayr (für die Exekutionsordnung). Zu all den Beschleunigungsmaßregeln trat noch eine kurzzeitige, für die Entwürfe sehr günstige politische Konstellation, und so konnte das große Werk in den Jahren 1895 und 1896 vollendet werden. Kurz nach seiner Vollendung traten die heftigsten politischen Kämpfe ein, welche jede Reform unmöglich gemacht hätten.

II. Eine Aufzählung der geltenden Quellen des Zivilprozeßrechtes ist untunlich, da sie sich in zu vielen Gesetzen auch jetzt noch finden. Die Hauptmasse der Normen findet sich in folgenden Gesetzen und Verordnungen:

Das Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 Nr. 144 über die richterliche Gewalt (15 Art.);

das Gerichtsorganisationsgesetz vom 27. November 1896 Nr. 217 (99 §§);

das Statut des obersten Gerichtshofes vom 7. August 1850 Nr. 325;

die Gesetze vom 26. April 1873 Nr. 62 und vom 11. Juni 1868 Nr. 59 über die Errichtung der Gerichtshöfe erster Instanz und der Bezirksgerichte;

das Einführungsgesetz zur Jurisdiktionsnorm und diese selbst (Ges. vom 1. August 1895 Nr. 110, 111; 24 Art., 122 §§);

das Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung und diese selbst (Ges. vom 1. August 1895 Nr. 112, 113; 56 Art., 602 §§);

das Einführungsgesetz zur Exekutionsordnung und diese selbst (Ges. vom 27. Mai 1896 Nr. 78, 79; 41 Art., 402 §§);

das Gewerbegerichtsgesetz vom 27. November 1896 Nr. 218 (40 §§);

die Advokatenordnung vom 6. Juli 1868 Nr. 96 (5 Art., 41 §§) mit dem dazugehörigen Disziplinarstatute (Ges. vom 1. April 1872 Nr. 40; 59 §§) und dem Advokatentarife (Vdg. vom 11. Dezember 1897 Nr. 293);

die Geschäftsordnung für die Gerichte erster und zweiter Instanz, auf Grund der Art. XXIV Einf. Ges. zur J. N., LV Einf. Ges. zur Z. P. O., XLI Einf. Ges. zur E. O. und des § 99 G. O. G. mit Vdg. vom 5. Mai 1897 Nr. 112 erlassen (4 Art., 414 §§);

die Realschätzungsordnung, auf Grund des Art. XLI Einf. Ges. zur E. O. mit Vdg. vom 25. Juli 1897 Nr. 175 erlassen (34 §§);

in den drei Einführungsgesetzen sind eine Reihe älterer Normen ausdrücklich aufrechterhalten; eine taxative Aufzählung der aufrechterhaltenen oder aufgehobenen älteren Normen ist nicht erfolgt.

Die Jurisdiktionsnorm, Zivilprozeßordnung, Exekutionsordnung samt einem Teile der Einführungsgesetze,[7]) das Gerichtsorganisationsgesetz und die Geschäftsordnung sind am 1. Jänner 1898 in Kraft getreten, nachdem Versuche, den Zeitpunkt ihrer Wirksamkeit hinauszuschieben (wie sie fast jede Kodifikation begleiten), gescheitert sind; das Gewerbegerichtsgesetz ist am 1. Juli 1898 in Kraft getreten.

III. Über das Verhältnis der Zivilprozeßgesetze zueinander fehlt es an Normen. Doch trifft man sicherlich den Geist der Gesetze, wenn man sie als eine Einheit auffaßt und für ihre Auslegung von der Trennung in mehrere formell selbständige Gesetze auch dort absieht, wo es gilt, anscheinend differierende Normen miteinander in Einklang zu bringen. Nur bei unauflöslichen Antinomien wird man die Publikationstage der einzelnen Gesetze zu betrachten und das später publizierte in diesem Zusammenhange als das jüngere anzusehen haben.

Über das Verhältnis der Zivilprozeßgesetze zu den sonstigen Rechtsnormen fehlt es zwar nicht an einer Norm, wohl aber an einer, die Zweifel ausschlösse. Neben einer Anzahl von Artikeln der Einführungsgesetze, mit denen bestimmte Rechtsnormen ausdrücklich aufrechterhalten oder ausdrücklich aufgehoben sind (Art. II—VIII, XI, XVII Einf. Ges. zur J. N.; Art. III—XII, XIII Abs. 1, XXVIII, XXXIV, XL Einf. Ges. zur Z. P. O.; Art. II—IX, X Abs. 2, XIII—XV, XVII, XVIII, XXVII Einf. Ges. zur E. O.), steht in den Art. I der Einf. Ges. zur J. N., Z. P. O., E. O. und im § 99 G. O. G. die wörtlich gleichlautende Norm, daß mit dem Tage des Beginnes der Wirksamkeit der Jurisdiktionsnorm, Zivilprozeßordnung, Exekutionsordnung und des Gerichtsorganisationsgesetzes, „soweit dieses Gesetz . . . nicht eine Ausnahme enthält, alle Bestimmungen *über Gegenstände*, welche in (diesen Gesetzen) geregelt sind, ihre Wirksamkeit (verlieren)". Mit dieser Vorschrift ist die Frage nach der Fortexistenz aller nicht ausdrücklich aufrechterhaltenen oder nicht ausdrücklich aufgehobenen Normen der Wissenschaft zur Beantwortung überwiesen. Diese muß zunächst die Auslegungsregeln ermitteln, nach denen sie die Antwort zu suchen hat. Die herrschende Lehre[8]) hat hiefür die bekannten zwei Sätze bereit: lex posterior derogat legi priori; lex posterior generalis non derogat legi priori speciali. Die quellenmäßige Begründung dieser Sätze kann dahingestellt bleiben;[9]) in Österreich gilt kraft Gesetzesbefehles nur der erste, in die §§ 3, 9 a. b. G. B. aufgenommene, nicht auch der zweite. Darnach hat die Auslegung freiere Hand.

---

[7]) Einige Artikel des Einf. Ges. zur Z. P. O. (XIII—XXVI) traten am 10. Februar 1896, der größte Teil der Einf. Ges. (Art. I—XII, XVII, XIX bis XXII, XXIV Einf. Ges. zur J. N.; Art. I, III, IV, VI—XII, XXVII, XXIX, XXXV, XL, XLI, XLVII—LIII, LV Einf. Ges. zur Z. P. O.; Art. I Einf. Ges. zur E. O.) trat 45 Tage nach ihrer Publikation (eine vielfach undurchführbare Norm), die Art. XXIX, XXX Einf. Ges. zur E. O. traten am 6. Juni 1896 in Kraft.

[8]) *Krainz-Pfaff-Ehrenzweig* I. S. 43.

[9]) *Regelsberger*, Pandekten I. S. 111; vergl. *Menger*, System S. 193 ff.

Sie hat zwei Fragen zu beantworten: welches ist das zeitliche Verhältnis der Gesetze? welches ist das inhaltliche Verhältnis derselben zueinander?

Die erste Frage beantwortet der zitierte Art. I Einf. Ges. übereinstimmend mit den §§ 3 und 9 a. b. G. B. dahin, daß nicht der Zeitpunkt der Sanktion oder der Kundmachung eines Gesetzes, sondern jener des Beginnes seiner Wirksamkeit entscheide, daß somit jenes Gesetz das ältere sei, welches, wenn auch später als ein anderes publiziert, doch früher als dieses andere wirksam[10]) geworden ist. Eine andere Auslegung könnte auch nicht erklären, was denn während der vacatio legis gelte, wenn ein Gesetz ein anderes aufhebt: das aufgehobene würde ja mit dem Sanktions- oder Publikationstage erlöschen, während das aufhebende seine Wirksamkeit erst nach der vacatio legis beginnen könnte. Für die Zivilprozeßgesetze war der 1. Jänner 1898 der erste Tag ihrer Wirksamkeit, somit jener Tag, nach welchem festzustellen ist, ob ein anderes Gesetz älter oder jünger ist, als es die Zivilprozeßgesetze sind; darnach sind beispielsweise das Gewerbegerichts- und das Patentgesetz jünger, das Ratengeschäfts- und das Gesetz über die Notwege älter als die Zivilprozeßgesetze.

Die Feststellung dieses zeitlichen Verhältnisses der Gesetze zueinander ist wegen der Beantwortung der zweiten Frage (nach dem Einflusse des einen auf das andere) wichtig. Gegenüber jüngeren Gesetzen sind nämlich begreiflicherweise die Zivilprozeßgesetze einflußlos; wohl aber unterliegen sie bisweilen deren Einwirkungen, wofür beispielsweise auf § 37 Gew. Ger. Ges. im Verhältnisse zu § 52 J. N. verwiesen wird. Anders steht es im Verhältnisse unserer Gesetze zu älteren. Ein Einfluß ist da sicher vorhanden, unsicher jedoch, wie weit er geht. Alle Schwierigkeiten der Frage nach dem Einflusse der Zivilprozeßgesetze auf ältere Rechtsnormen, seien sie prozessualer Natur oder nicht, entstehen erst hier; welchen Einfluß hat z. B. die Zivilprozeßordnung auf die allgemeine Gerichtsordnung, auf das bürgerliche Gesetzbuch, auf die Gewerbeordnung genommen? Obwohl für das Thema dieses Buches nur das Verhältnis der Zivilprozeßgesetze zu den bis zum 1. Jänner 1898 gültig gewordenen Zivilprozeßgesetzen wichtig und lediglich festzustellen ist, was von diesem älteren Rechte etwa noch gilt, empfiehlt es sich, das ganze Problem zu berühren.

a) Die Vorfrage ist, welches Rechtsgebiet die Zivilprozeßgesetze berühren? Mit Grund haben Ehrenzweig und Tilsch hervorgehoben, daß sie sich nicht auf die Regelung des Zivilprozeßrechtes beschränken. Aus der Textierung der Art. I Einf. Ges. („Gegenstände" statt, wie man erwarten könnte, „Gegenstand") möchte ich dies nicht ableiten; aber die Verwendung der Mehrzahl in den zitierten Artikeln hindert wenigstens das aus einer Durchsicht der Gesetze gewonnene Ergebnis nicht, daß die

---

[10]) Unger I. S. 103; Petschek in Jur. Vrtjschr. XXX. S. 144 f.; Walker, Streitfragen S. 115 Anm. 24; a. M. Walker in Zeitschr. f. Not. 1898 Nr. 24 f.; Krainz I. S. 43; das Berufungsgericht in Z. E. Nr. 406.

Zivilprozeßgesetze nicht bloß den Zivilprozeß, sondern auch das Verfahren außer Streitsachen und das Privatrecht regeln; namentlich für die Jurisdiktionsnorm und die Exekutionsordnung ergibt dies schon eine flüchtige Durchsicht. Prüfen wir diesen Inhalt der Gesetze näher, so zeigt sich, daß dieser Gesetzeskomplex für das Zivilprozeßrecht als eine Gesamtneuregelung, also als eine neue lex generalis gedacht ist, dagegen für das Verfahren außer Streitsachen und für das Privatrecht als lex specialis.

Daneben läßt die hier relevante Mehrzahl „Gegenstände" in dem zitierten Art. I Einf. Ges. auch die Möglichkeit offen, daß trotz der neuen lex generalis auch aus dem Gebiete des Zivilprozeßrechtes einzelne „Gegenstände" nicht neu geregelt wurden, und das ist denn auch z. B. für die Advokatenordnung richtig. Somit haben wir für unseren Stoff die Antwort gewonnen, das Zivilprozeßrecht sei völlig neu geregelt, insofern nicht einzelne Materien deutlich beim Alten belassen wurden, während es sich für das Verfahren außer Streitsachen und das Privatrecht entgegengesetzt verhält. Wird dies festgehalten, so wird sich zunächst für eine Reihe von Gesetzen, welche nicht im Verhältnis von species zum genus, sondern vom Ganzen oder vom Teile zum Ganzen stehen, die Frage nach ihrer Fortdauer schon beantworten lassen, wobei die Grundlage für die Entscheidung darin gefunden wird, ob es sich um ein zivilprozeßrechtliches Gesetz oder wenigstens um eine Materie (einen Gegenstand) handelt, welcher auch sonst in den Zivilprozeßgesetzen geregelt ist. Darnach sind, was wohl als selbstverständlich angesehen wird, die Privatrechtsgesetze gültig geblieben, wobei es freilich hie und da zweifelhaft wurde, ob eine Norm eine Privatrechtsnorm sei, wie z. B. beim § 887 a. b. G. B.,[11]) den Art. 310, 409 H. G. B.,[12]) dem Hofd. vom 13. Juli 1789, J. G. S. Nr. 1033 (über die Selbstrealisierung verpfändeter Wechsel).[13]) Ebenso bleiben die Normen über das Verfahren außer Streitsachen aufrecht, diese mit Ausnahme der Zuständigkeitsvorschriften (§§ 105 ff. J. N.); auch hier ist es freilich in einem später zu besprechenden Falle zweifelhaft geworden, ob eine Norm diesem Rechtsgebiete oder dem Zivilprozesse angehört. Aufgehoben ist dagegen die allgemeine Gerichtsordnung in Gänze, also z. B. mit dem Exekutivprozeß, der Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung;[14]) aber ebenso sind auch alle Nachtragsgesetze über das Summar-, Besitzstörungs-, Bestand-, Wechsel-, Bagatellverfahren samt der Zivilprozeßnovelle vom 16. Mai 1874 Nr. 69 aufgehoben. Aufgehoben ist auch die Gerichtsinstruktion vom 3. Mai 1853 Nr. 81 in toto,[15]) wie § 98 G. O. G. ausdrücklich besagt. Auch auf diesem Gebiete kann

[11]) Mit Recht für seinen Fortbestand Tilsch, Einfluß der Zivilprozeßgesetze S. 217 und die daselbst Anm. 48 zitierte Literatur; a. M. nur Kreis in Jur. Bl. 1897 S. 53. Vergl. Z. E. Nr. 328.

[12]) Siehe oben S. 46 f. die Schriften von Pisko und Petschek.

[13]) Petschek in Jur. Vrtjschr. XXXII. S. 49 ff. (siehe oben S. 32); Czelechowsky I. Nr. 162 (für den Fortbestand); a. M. Krainz I. S. 821 Anm. 18; Grünhut, Wechselrecht II. S. 257 Anm. 2.

[14]) Merkwürdigerweise a. M. Navratil in G. Z. 1897 Nr. 34 gegen die sonst einmütige Literatur.

[15]) A. M. Horten S. 5 f.

nur ein ernstlicher Zweifel, nämlich für die Eheprozesse bestehen; es ist das der oben vorbehaltene Fall, der um seiner Bedeutung willen nun näher zu würdigen ist.

Gilt das Hofd. vom 23. August 1819, J. G. S. Nr. 1595, „über das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten" noch ganz? Und wenn es gilt, gilt auch die Vdg. vom 9. Dezember 1897 Nr. 283, erlassen, um „diejenigen Bestimmungen des Hofd. vom 23. August 1819, J. G. S. Nr. 1595 ... zu bezeichnen, welche ... in Wirksamkeit bleiben, weil sie Gegenstände betreffen, welche in der Zivilprozeßordnung nicht geregelt sind ..."?[16]) Die Entscheidung der Fragen hängt in erster Linie davon ab, ob das Hofdekret einen Teil des Zivilprozesses bilde oder einen solchen des Verfahrens außer Streitsachen; denn im ersten Falle ist es durch den Art. I Einf. Ges. zur Z. P. O. aufgehoben. Zwar war der Permanenzausschuß des Abgeordnetenhauses anderer Meinung,[17]) als er den Entwurf eines vollständigen Eheverfahrens in der Regierungsvorlage einfach strich; er vermeinte hiedurch das Hofdekret auf jeden Fall ganz aufrechterhalten zu haben, hat es aber bedauerlicherweise übersehen, dies ebenso wie bei dem gleichfalls wegen seiner systematischen Stellung zweifelhaften Falle des Mahnverfahrens (Art. XXVIII Einf. Ges. zur Z. P. O.) im Gesetze zu sagen. Nun kann natürlicherweise diese Meinung dazu nur eines der gesetzgebenden Faktoren das Gesetz nicht ersetzen; das Gesetz aber behandelt als seinen Gegenstand alle Zivilprozesse; wer einer anderen Auffassung huldigte, könnte § 50 Z. 2 J. N. und § 27 Abs. 2 Z. P. O. nicht erklären, aber auch nicht rechtfertigen, warum er den gleichfalls in der Zivilprozeßordnung nicht vorkommenden Exekutivprozeß des § 298 a. G. O. für aufgehoben hält.

Enthält das zitierte Hofdekret einen Zivilprozeß, so ist es demnach aufgehoben. Diese Zugehörigkeit ist jedoch zu verneinen. Zwar ist es sicher, daß hier die Auffassung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches und jene der Jurisdiktionsnorm und Zivilprozeßordnung grundsätzlich voneinander abweichen. Die §§ 94, 97, 107, 115 a. b. G. B. stellen es außer Zweifel, daß an eine „Untersuchung" der Situation nicht nur dann gedacht war, wenn von Amts wegen, sondern auch dann, wenn „auf Ansuchen" (§ 94 a. b. G. B.), „Begehren" (§§ 97, 107 a. b. G. B.) einzuschreiten ist. Solche Untersuchungen aber hat man im Jahre 1811 so wenig als heute als einen Zivilprozeß angesehen, und das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vermeidet darum auch die termini: Klage, Urteil, welche sich erst in dem Hofd. vom 23. August 1819 finden, ohne daß dieses damit die Untersuchungsnatur dieses Verfahrens hätte verwischen wollen oder können, da es sich lediglich als die Ausführungsverordnung gibt. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch sah

---

[16]) Die Geltung beider Normen bejahen Ott, Feststellungsklage (G. Z. 1899 S. 35); Neumann, Komm. I. S. 1062 ff.; Rintelen, Berufungsantrag S. 129; v. Fürstl III. S. 267 ff.; es verneinen sie Beck, Fünf Abhandlungen zu den Vollzugsverordnungen S. 12 ff.; Pereles in Gellers Ztbl. XVI. S. 353 ff.; Tilsch in Jur. Bl. 1899 Nr. 12.

[17]) Materialien I. S. 805, II. S. 236

also diese Eheprozesse[18]) als ein Verfahren außer Streitsachen an. Ganz im Gegensatze hiezu fassen die Zivilprozeßgesetze sie, insoweit sie nicht die einverständliche Scheidung und Trennung betreffen, als Zivilprozesse auf; das ergibt sich zwar nicht aus dem Art. VI Z. 1 Einf. Ges. zur Z. P. O., aber — abgesehen von dem Argumente aus der Regierungsvorlage (§§ 599 ff.) — wohl schon aus § 27 Abs. 2 Z. P. O., den man doch nur gezwungen auf Judenehen einschränken könnte, und ganz bestimmt aus der Einreihung der §§ 50 Z. 2 und 114 J. N., von denen sonst der erste neben dem zweiten stehen müßte. Nun sind freilich die Differenzen zwischen dem Zivilprozesse und dem Verfahren außer Streitsachen heute nicht mehr so groß als sie im Jahre 1811 waren; auch bleiben die materiellrechtlichen Normen über die Versöhnungsversuche und den defensor matrimonii jedenfalls in Kraft, mag der Eheprozeß ein Zivil- oder ein außerstreitiger Prozeß sein. Dennoch bleibt seine Auffassung als Zivilprozeß ohne die im Entwurfe beabsichtigte besondere Regelung des Eheverfahrens höchst bedenklich, weil sie die Möglichkeit eines Versäumnisverfahrens ohne jede Sachverhaltsprüfung gewährt (§ 396 Z. P. O.) und auch die Wirkung gerichtlicher Geständnisse voll in den Kauf nehmen muß. Zum Glück zwingt uns nichts, diese Auffassung der Eheprozesse als Zivilprozeß zu teilen[19]) und damit den Bestand des Hofd. vom 23. August 1819 zu verneinen. Vielmehr ist zwar die Theorie des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches von einer anderen Theorie, aber sein Gesetzesbefehl, es sei eine „Untersuchung" zu führen, von keinem Gesetzesbefehle der Jurisdiktionsnorm oder Zivilprozeßordnung abgelöst worden, da die systematische Stellung des § 50 J. N. als ein solcher nicht betrachtet werden kann. Das Hofd. vom 23. August 1819 ist also in Gänze ein Teil des Verfahrens außer Streitsachen, somit durch die Zivilprozeßordnung nicht aufgehoben, sondern lediglich durch Art. II Einf. Ges. zur Z. P. O. berührt.[20])

b) Nun die zwei Fragen nach dem zeitlichen Verhältnisse der Zivilprozeßgesetze zu den anderen Gesetzen, und jene nach der Abscheidung der Gesetze nach Gegenständen beantwortet sind, verbleibt noch als letzte die Frage zur Lösung, wie im österreichischen Rechte und namentlich im Zivilprozeßrechte das Verhältnis der lex generalis posterior zur lex specialis prior geordnet ist. Die Frage fällt mit der sub a behandelten nicht zusammen, sondern geht dahin, ob auch solche Gesetze aufgehoben seien, welche den Spezialfall eines „Gegenstandes" regeln, den die Zivilprozeßgesetze behandeln; Beispiele solcher Fälle bietet das Verhältnis des Art. 43 H. G. B. zum § 30 Z. P. O., des § 15 Adv. O. zum § 31 Z. P. O., des Hofd. vom 31. Jänner 1837, J. G. S. Nr. 467, zum § 365 Z. P. O., des § 11 des Lagerhausgesetzes vom 28. April

[18]) Die Ehetrennungsklagen der Juden sind ausgenommen (§ 135 a. b. G. B.).

[19]) A. M. Menger, System S. 81 ff., welcher nur die Untersuchung über die impedimentae publica iuris dem Verfahren außer Streitsachen zuweist; etwas näher steht dem Texte Waldner, Lehre von den Prozeßkosten S. 140 ff.

[20]) Damit ist über die nicht hiehergehörende Frage der Gültigkeit der Vdg. vom 9. Dezember 1897 nicht entschieden.

1889 Nr. 64 zu den §§ 577 ff. Z. P. O., des Art. 126 H. G. B. zum § 333 E. O. Diese Frage wird durch die zitierten Art. I Einf. Ges. weder bejaht noch verneint[21]) und auch durch keine andere österreichische Norm direkt erledigt; sie muß darum nach dem einen Gesetzesbefehl darstellenden § 6 a. b. G. B. behandelt werden.[22]) Mit anderen Worten: es ist nicht mehr und nicht weniger als eine Auslegungsfrage, ob durch die Gesamtneuregelung des Zivilprozeßrechtes eine spezielle zivilprozeßrechtliche ältere Norm aufgehoben ist, und diese Auslegung kann nicht (wie die auf S. 108 abgelehnte Parömie will) allgemein, sondern nur von Fall zu Fall unter Erforschung des Sinnes und der Absicht des Gesetzes erfolgen. Während also bei der zweiten Frage uns Art. I Einf. Ges. jede Auslegung der Gesetzesabsicht abschnitt und nur die Frage zuließ, ob ein Gesetz einen „Gegenstand" der Zivilprozeßgesetze ordne, haben wir hier von Fall zu Fall auszulegen, ob eine Spezialnorm, die Ordnung des Details eines solchen „Gegenstandes" noch gültig oder aufgehoben sei. Nach diesen Grundsätzen sind dann die einzelnen Fälle zu behandeln, von denen mit Unrecht, wenn auch begreiflicherweise bisher hauptsächlich solche Normen geprüft wurden, welche, wie das Ratengeschäftsgesetz[23]) vom 27. April 1896 Nr. 70, das Notwegegesetz vom 7. Juli 1896 Nr. 140, das Gesetz vom 6. Juli 1896 Nr. 144, das Urheberrechtsgesetz vom 26. Dezember 1895 Nr. 197, nach den oder nach einzelnen Zivilprozeßgesetzen sanktioniert sind, aber vor dem 1. Jänner 1898 wirksam wurden.

IV. Das Verhältnis der neuen Zivilprozeßgesetze zu den alten bei Prozessen, welche am 1. Jänner 1898 im Zuge waren, ist in den Einführungsgesetzen verhältnismäßig ausführlich geregelt, wird aber hier als nicht mehr praktisch ausgeschieden.

§ 17. Das Herrschaftsgebiet.[1])

Das Herrschaftsgebiet der Zivilprozeßgesetze ist der „österreichische Staat", wie § 69 J. N. das sonst „die im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder" genannte Gebiet nennt (Art. I Einf. Ges. zur J. N., Einf. Ges. zur Z. P. O., Einf. Ges. zur E. O.). Innerhalb dieses Gebietes ist daher vor den staatlichen (ordentlichen oder Sonder-) Gerichten ohne Rücksicht darauf, welches materielle Recht anzuwenden ist, und (da § 33 a. b. G. B. sich nur auf das Privatrecht bezieht)[2]) ohne Rücksicht auf

---

[21]) A. M. Z. E. Nr. 406 (mit richtigem Ergebnis).

[22]) Diesen Auslegungsweg beschreiten mit Recht Spr. Rep. Nr. 173, dessen Ergebnis freilich nicht gebilligt werden kann, und Pfaff-Schey Nr. 983, wo allerdings nicht auf § 123 Gesch. Odg., sondern auf § 365 Z. P. O. sich zu beziehen war; siehe auch Unger I. S. 105 ff.

[23]) Siehe die Literatur im § 56 Anm. 27; Z. E. Nr. 406.

[1]) Menger, System I. S. 128—188; v. Canstein S. 10 ff.; Walker, Streitfragen S. 27 ff.

[2]) Ofner, Urentwurf I. S. 50 ff., II. S. 496 ff.; Menger I. S. 132.

die Staatsangehörigkeit der Prozeßparteien[3]) nur das österreichische[4]) Zivilprozeßrecht anzuwenden, ein anderer als der österreichische Zivilprozeß ausgeschlossen, ja selbst ein einzelner Verfahrensakt nach anderen als österreichischen Zivilprozeßgesetzen unzulässig. Dabei ist die Anwendung eines ausländischen Prozeßrechtes ebenso unzulässig als die Beobachtung von Normen, welche die Parteien vereinbart haben (Konventionalprozeß). Wird diesen Sätzen zuwider prozediert, so ist mangelhaft verfahren, und die Folgen solcher Mängel, an sich nach deren Schwere verschieden (siehe § 19), sind doch ganz gleich, ob der Mangel durch die Beobachtung eines ausländischen Prozeßrechtes, durch jene einer Parteienvereinbarung oder durch ein Versehen des Gerichtes entstand. Diese Sätze weichen von jenen des Privatrechtes erheblich ab (§§ 35 ff. a. b. G. B.). Aber das Zivilprozeßrecht ist eben ein Teil des öffentlichen Rechtes, als solches zwar auf das Staatsgebiet begrenzt, aber hier alleinherrschend. Die Territorialhoheit des Staates verlangt es, daß seine Gerichte nur sein Zivilprozeßrecht anwenden.

Dieselben Grundsätze beherrschen das Zivilprozeßrecht des Auslandes. Greift ein Zivilprozeß über die Landesgrenzen hinaus, so nimmt darum jeder Staat die in sein Ländergebiet fallenden Prozeßakte nach seinem eigenen Prozeßrechte vor, und jeder Staat erkennt den im Auslande vorgenommenen Prozeßakt dann als mängelfrei vorgenommen an, wenn er es nach dem Rechte des ihn vornehmenden Staates ist (§ 39 J. N., §§ 122, 290 Z. P. O.); ist also z. B. im Wege der Rechtshilfe (siehe § 42) in Österreich ein Zeuge für einen in Deutschland durchzuführenden Prozeß zu verhören, so erfolgt diese Vernehmnng nach den §§ 320 ff. Z. P. O., nicht nach den §§ 373 ff. dtsch. Z. P. O.; ist im Wege der Rechtshilfe eine Pfändung in Deutschland vorzunehmen, so richtet sich das nicht nach der Exekutionsordnung. Die im Auslande vorgenommene Prozeßhandlung ist dann in den inländischen Prozeß einzufügen. Nur macht das bisweilen wegen der Verschiedenheit der Prinzipien in den Zivilprozeßgesetzen der verschiedenen Staaten recht erhebliche Schwierigkeiten, und diese bestimmen die Staaten, für die Rechtshilfe des Erkenntnisverfahrens und nur für diese von den entwickelten Sätzen tatsächlich, wenn auch nicht rechtlich etwas nachzusehen und hiebei die Beobachtung jeder Norm des ausländischen Prozeßrechtes zu gestatten — das heißt zu gebieten (siehe § 18) — welche „durch keine Vorschrift der inländischen Gesetzgebung verboten erscheint“ [5]) (§ 39 Abs. 2 J. N., Art. IX des Haager Übereinkommens). Diese Gesetzesfassung entstammt der privatrechtlichen Terminologie und ist unmittelbar für das Zivilprozeßrecht unverwendbar, welches für das Gericht nur gebotene Normen kennt (siehe § 18), keine erlaubten oder nicht verbotenen; was dem Gerichte im Zivilprozesse nicht

[3]) Anders § 24 des Einf. Ges. zur dtsch. Z. P. O.; Gaupp-Stein I. S. 38.

[4]) Bisweilen schreibt dieses die Berücksichtigung oder Anwendung einzelner Normen des ausländischen Rechtes vor; §§ 38, 101 J. N.; 57, 63, 293, 295 Z. P. O.; 79, 86, 373 E. O.; Art. XIX Einf. Ges. zur E. O.

[5]) Siehe § 44 II.

geboten ist, das ist ihm verboten. Sinngemäß aber bedeutet der aus § 39 J. N. angeführte Satz, daß die österreichischen staatlichen Gerichte auf Ersuchen des ausländischen Gerichtes bei der Gewährung der Rechtshilfe im Erkenntnisverfahren jene ausländischen Prozeßnormen *als österreichische* (kraft des § 39 J. N.) anzuwenden haben, welche neben (für die Parteien) unverzichtbare oder an die Stelle (für die Parteien) verzichtbarer Normen des sonstigen österreichischen Zivilprozeßrechtes treten.

Fügt sich diese Norm noch in den Grundsatz der Territorialhoheit eines jeden Staates sehr wohl ein, so gilt das nicht mehr von jener (auch im § 369 dtsch. Z. P. O. enthaltenen) des § 290 Z. P. O., nach welcher eine im Auslande mangelhaft durchgeführte Beweisaufnahme als mängelfrei gilt, wenn sie es nach den österreichischen Gesetzen wäre. Hier handelt es sich um eine Ausdehnung des österreichischen Prozeßrechtes über die Landesgrenzen hinaus, somit um eine Verletzung der ausländischen Territorialhoheit.

§ 18. Die verbindende Kraft der Zivilprozeßgesetze.[1]

I. Das Privatrecht wendet sich mit seinen Normen an die Parteien, das Zivilprozeßrecht aber an das Gericht und an die Parteien; darum muß die Kraft seiner Normen nach zwei Richtungen geprüft werden.

II. Dem Gerichte gegenüber sind alle Prozeßnormen gleich verbindlich, wenn der Unterschied von Gesetz und Verordnung außer Betracht bleibt. Insbesondere kommt nicht in Betracht, ob eine Norm eine instruktionelle ist oder nicht; der Unterschied zwischen nichtinstruktionellen (= imperativen) und instruktionellen Normen (internen Dienstanweisungen) ist nicht der zwischen dem Willen und einem Wunsche des Gesetzes, sondern betrifft lediglich das Verhältnis der Norm zu den Parteien, für welche letztere die instruktionellen Normen nicht erlassen sind, für die aus diesen Normen weder Recht noch Pflicht erwächst. Ebensowenig kommt es für das Maß der Verbindlichkeit einer Norm für das Gericht in Betracht, ob das Gesetz sagt: „muß", „soll", „kann"[2] (= darf). Diese Terminologie ist vielmehr nur für die folgende Normeneinteilung bezeichnend: alle Zivilprozeßvorschriften zerfallen in vollständige und in eines ergänzenden Gerichtsaktes bedürftige (Ermessensnormen); für die letzteren ist der terminus „kann" üblich (siehe z. B. §§ 183, 235 Z. P. O.; § 107 E. O.). Der Unterschied der beiden Gruppen liegt nun darin, daß die ersteren Normen ohneweiters befehlen, während die zweiten (um die Individualisierung der betreffenden prozessualen Situation zu ermöglichen) noch eine ergänzende Prüfung des Gerichtes in jedem einzelnen Falle dahin fordern, ob sie zur Anwendung gelangen sollen. Aber diese Prüfung, dieses „Ermessen" des Gerichtes ist keine Rechts-, sondern eine Pflicht-

[1]) Wach, Handbuch I. S. 297 ff.; Bülow im Archiv f. zivil. Praxis LXIV. S. 1 ff.; Rintelen, Berufungsgrund S. 42 ff.; Ott, Die Aufgabe der Berufung.

[2]) A. M. Canstein, Zweck d. Z. P. S. 21.

ausübung desselben; nicht das Belieben des Gerichtes, nicht seine Ansicht über die Zweckmäßigkeit der Norm entscheidet über deren Anwendung in concreto, sondern nur die Gerichtsansicht über die — im Geiste des Gesetzes zu beurteilende — Zweckmäßigkeit ihrer Anwendung in concreto. An dieser Situation wird natürlicherweise nichts durch den Umstand geändert, daß der österreichische Gesetzgeber im vollen Vertrauen auf seinen Richterstand von diesen Ermessensnormen einen reichlichen Gebrauch macht.

Ebenso gleichgültig nun für das Maß der Kraft der Zivilprozeßgesetze die Fragen sind: ob Dienstesinstruktion oder nicht, ob Ermessensnorm oder nicht? ebenso gleichgültig ist endlich hiefür noch der Unterschied zwischen Normen, deren Verletzung angefochten werden darf, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Unter der Anfechtbarkeit einer Normverletzung hat man die rechtliche Möglichkeit zu verstehen, diese Verletzung, sei es bei demselben, sei es durch einen höheren Richter beheben zu lassen; diese Anfechtbarkeit haben die meisten, jedoch nicht entfernt alle Normverletzungen.[3]) Daraus folgt aber durchaus nicht, daß das Gericht die einen Vorschriften gewissenhafter als die anderen zu beobachten habe. Nirgends gibt das Gesetz auch nur eine Andeutung dafür, daß es für das Gericht einen Unterschied zwischen strenge und minder strenge zu handhabenden Normen kenne, daß es die einen ernster als die anderen meine. Für das Gericht ist vielmehr jede Norm ein Imperativ; jede ist gleichmäßig gewissenhaft anzuwenden.

Es hat bei dieser Sachlage den Anschein, als verlange und erwarte das Gesetz unabänderlich und unbeugsam die stete Befolgung aller dieser Imperative. Nun sprechen alle Lehren der Erfahrung dagegen, daß auf diese Befolgung im Rechtsleben stets zu rechnen sei: irrtümliche Gesetzesauslegung allein kann eine solche Nichtbefolgung häufig genug herbeiführen, von Pflichtverletzungen der Gerichte ganz zu schweigen, welche sich zwar auf ein Minimum herabdrücken, aber doch niemals ganz beseitigen lassen. Forderte nun das Gesetz wirklich die stete Befolgung aller seiner Imperative, so würde aus der nun konstatierten Erfahrung anscheinend nur noch zu folgern sein, daß ein Gericht jede von ihm begangene und entdeckte Normverletzung von Amts wegen beheben solle; sobald es daraufkomme, daß es einem Imperative nicht entsprochen habe, müßte es sich darnach beeilen, den Fehler zu verbessern. Es ist klar, daß diese Konsequenz nicht erträglich sein würde. Denn der Prozeß ist ein fortschreitendes Rechtsverhältnis; eine Situation entwickelt sich in ihm aus der vorhergehenden, hat deren Ordnungsmäßigkeit zur Voraussetzung; wird eine Normverletzung nun spät entdeckt und dann behoben, so stürzt alles ein, was auf die nun beanständete Normanwendung aufgebaut ist. Diese Konsequenz wäre nur noch unerträglicher, die Rechtsunsicherheit besonders groß, wenn diese Behebung von Normverletzungen von Amts wegen, also häufig unerwartet erfolgte.

---

[3]) Siehe das Verzeichnis derselben bei Schauer, Z. P. O. S. 858 ff.; E. O. S. 673 ff.

Aus solchen Erwägungen ist das Gesetz inkonsequent gewesen. Jede Zivilprozeßnorm ist zwar für das Gericht ein Imperativ; aber ist er einmal nicht befolgt, so darf seine Befolgung nun nicht immer und darf von Amts wegen überhaupt nur dann nachgetragen werden, wenn es noch zu keiner oder nur zu einer prozeßleitenden Entscheidung oder Verfügung nach der Normverletzung gekommen ist (§ 425 Abs. 2 Z. P. O.); alle anderen, Imperative verletzenden Entscheidungen und Verfügungen dagegen sind *für das sie erlassende Gericht* unabänderlich, sobald sie verkündet oder in schriftlicher Abfassung zur Ausfertigung abgegeben sind[4]) (§§ 416, 425 Z. P. O.). Fällt also z. B. ein Gericht ein nichtiges Urteil, so darf es dasselbe nicht selbst aufheben, sondern muß seine Anfechtung abwarten. Es erscheint dem Gesetze eben als ein geringeres Übel, daß ein nichtiges Urteil infolge der unterlassenen Parteianfechtung wirksam bleibt, gültig wird, als daß es — vielleicht nach Jahren — von Amts wegen aufgehoben wird.

III. Von ganz anderen Gesichtspunkten aus ist das Verhältnis der Zivilprozeßgesetze zu den Parteien (Nebenintervenienten, Beteiligten) geordnet. Entscheidet zwischen dem Staate und seinen Gerichten lediglich das Hoheitsverhältnis, so ist im Verhältnisse zu den Parteien lediglich der Gedanke maßgebend, daß der Zivilprozeß eine Wohlfahrtseinrichtung zu Gunsten des rechtsuchenden Publikums, und daß das Gericht lediglich der Diener dieses Publikums ist. Daraus folgt freilich nicht, wie häufig angenommen wird, daß der Staat am Zivilprozesse und seinen Ergebnissen nicht interessiert sei, daß es daher den zwei im konkreten Falle streitenden Parteien überlassen bleiben müsse, mit ihrem Zivilprozesse und darum auch mit den Zivilprozeßnormen im wesentlichen zu machen, was sie wollen; denn eine solche individualistische Auffassung verkennt die Stellung des Zivilprozeßrechtes im Rechtssysteme, seine sozialpolitische Seite. Aber so viel folgt allerdings aus den entwickelten Sätzen, daß die Kraft der Normen den Parteien gegenüber eine andere zu sein hat als gegenüber dem Gerichte; denn nicht alles ist für jene gleich wichtig. Dem trägt das Gesetz durch eine doppelte Abstufung seiner Normen Rechnung: sie zerfallen einerseits in zwingende und dispositive Rechtsnormen, andererseits in solche, deren Verletzung in jedem Prozesse behoben werden soll, und in solche, deren Verletzung im einzelnen Prozesse unbehebbar ist.

Die erstgenannte Einteilung der Normen, am schärfsten von *Bülow* formuliert, beruht auf dem folgenden Gedanken: ein Teil der Normen ist vom Willen einer oder beider Prozeßparteien unabhängig, zwingt die Parteien; ein anderer Teil schlägt ihnen bloß eine bestimmte Regelung vor, an deren Stelle sie auch eine andere setzen können. Als Beispiel für die erste Gruppe seien die Normen über die Grenzen zwischen dem Zivilprozesse und dem Verfahren außer Streitsachen (§ 42 F. N.), ferner jene über die Verlängerung von Fristen (§ 128 Z. P. O.) genannt;

[4]) *Stein*, Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen (1897).

in die zweite Gruppe gehören z. B. jene über die Verkürzung von Fristen (§ 129 Z. P. O.), über die Vereinbarung der Gerichtszuständigkeit (§ 104 J. N.) und über die Abänderbarkeit der Versteigerungsbedingungen in gewissen Grenzen (§§ 146 ff. E. O.). Dieses dispositive Zivilprozeßrecht ist ein Recht unter Vorbehalt, unter jenem nämlich, daß nicht beide Parteien (zweiseitig) oder eine ohne Widerspruch der anderen (ungleichmäßig zweiseitig) oder eine für sich allein (einseitig) an die Stelle der dispositiven Regelung eine andere setze. Welcher dieser Vorbehalte im einzelnen Falle gelte, sagt das Gesetz für jeden einzelnen dispositiven Rechtssatz; als Beispiele für die drei Arten der Vorbehalte wird auf § 104 J. N., §§ 235, 237 Z. P. O. verwiesen. Siehe auch § 75 III.

Das dispositive Zivilprozeßrecht spielt aus ähnlichen Gründen eine große Rolle, aus welchen eine solche den Ermessensnormen zugefallen ist; auch hier wird die Individualisierung und damit die angemessene Behandlung des einzelnen Prozesses und der einzelnen Situation erleichtert oder ermöglicht. Immerhin vertragen sich auf gewissen Rechtsgebieten, namentlich auf jenen der Prozeßleitung und der Sachverhaltsermittlung, das System der Ermessens- mit jenem der Dispositivnormen nicht gut, da nicht leicht das Gericht und die Parteien herrschen können, und es ist im österreichischen Zivilprozesse bei solchen Kollisionen mit Grund häufig die Regelung durch eine Ermessensnorm vorgezogen worden. Dieser Grund liegt im folgenden: der Unterschied zwischen den Ermessens- und den Dispositivnormen liegt nicht bloß darin, daß jene dem Gerichte, diese den Parteien die Anwendung einer Norm anheimgeben, sondern hauptsächlich darin, daß dem Gerichte eine Pflicht auferlegt, den Parteien aber ein Recht eingeräumt wird (siehe § 75 II). Das Gesetz erwartet freilich, daß dieses Recht im Interesse der Prozeßzwecke verwendet werde; allein die Erfahrung weist da eine häufig zweckwidrige, selbst schikanöse Rechtsausübung durch eine oder beide Parteien nach, und darum bevorzugt das geltende Zivilprozeßrecht die Ermessensnormen.

Die zweite Einteilung der Normen ist jene nach ihrer Anfechtbarkeit: die Voraussetzung dieser Einteilung ist die Möglichkeit von Normverletzungen, wie sie die Erfahrung alltäglich zeigt. Ein Gesetz könnte nun die Anfechtung einer jeden Normverletzung gestatten. Das wäre noch nicht so schlimm, als die Behebung der Verletzung von Amts wegen; denn wo die Anfechtung zur Behebung erfordert wird, saniert die unterbliebene oder erfolglose Anfechtung den Mangel. Dennoch würde das Gesetz mit der Statuierung einer allgemeinen Anfechtbarkeit jeder Normverletzung noch höchst zweckwidrig vorgehen, weil für den einzelnen Prozeß die Behebung einer Normverletzung häufig infolge ihres Zeitaufwandes und ihrer Kostspieligkeit schlimmer als das zu behebende Übel ist. Dieser Gedanke der Relativität der Normverletzungen ist derart eindringlich, daß sich ihm weder das gemeine noch das frühere österreichische, noch das deutsche Prozeßrecht entziehen konnten, geschweige denn das geltende österreichische Zivilprozeßrecht. Diese Rechte unterscheiden sich freilich voneinander in der Abgrenzung der unanfechtbaren von den anfechtbaren Entscheidungen und

auch in den Folgen der erfolgreichen Anfechtung; aber gemeinsam ist allen genannten Rechtssystemen der Gedanke, die Zivilprozeßnormen in für die Parteien anfechtbare und unanfechtbare zu teilen. Die Anfechtbarkeit ist hiebei in Österreich die Regel, die Unanfechtbarkeit muß also für eine bestimmte Normverletzung im Gesetze ausgesprochen sein (§ 514 Z. P. O.), während im deutschen Prozeßrechte der im Effekte der Anfechtbarkeit wohl ungünstigere entgegengesetzte Grundsatz gilt.

Wo die Anfechtbarkeit einer Normverletzung feststeht, hängt ihr Erfolg nicht mehr davon ab, ob die Verletzung eine dolose, kulpose oder zufällige war; das Willensmoment ist hier stets ohne Bedeutung. Dagegen ist ein anderes Moment hier noch von Relevanz: die Abschätzung des Einflusses der Normverletzung sei es für die Gerichtstätigkeit in abstracto, sei es für die Gerichtstätigkeit in concreto. Es stehen einander nämlich hinsichtlich ihrer Anfechtbarkeit auch die anfechtbaren Normverletzungen noch nicht gleich, sondern zerfallen in zwei Klassen: bald ist ihre Anfechtung nämlich nur dann mit Erfolg möglich, wenn die Normverletzung in concreto auf die gerichtliche Entscheidung einen nachteiligen Einfluß geübt hat, bald ohne die Rücksicht auf einen solchen Einfluß (Nichtigkeitsgründe). Für den ersten Fall ist die Unterlassung von Beweisaufnahmen ein Beispiel; sie bildet nur dann einen erfolgreichen Grund, das Urteil anzufechten (Berufungsgrund), wenn das Urteil sachlich infolge dieser Unterlassung unrichtig ausgefallen ist. Für den zweiten Fall ist der ungerechtfertigte Ausschluß der Öffentlichkeit ein Paradigma; er führt zur Nichtigkeit des Urteiles, auch wenn dasselbe sachlich richtig ist. Die Erwägungen, welche zu dieser Klasseneinteilung geführt haben, entsprechen den im vorhergehenden Absatze entwickelten der zwar absolut gleichen Bedeutung aller Normen für den Zivilprozeß als Ganzes, als Institution, aber ihrer relativ verschiedenen Wertung für den einzelnen Prozeß. Es hat sich denn auch kein modernes Prozeßsystem diesen Erwägungen verschlossen, und jedes kennt darum die Einteilung der Normen in solche, deren Verletzung mit der Nichtigkeit, und in solche, deren Verletzung nicht mit der Nichtigkeit bedroht ist, wobei man als Folge der Nichtigkeit jetzt die Aufhebung des mit der betreffenden Normverletzung behafteten Verfahrens oder (und) der damit behafteten Entscheidung zu verstehen hat, während bei anderen anfechtbaren Normverletzungen das Verfahren gültig bleibt, nur verbessert, ergänzt wird.

Wie nun die Normen unter diese zwei Klassen verteilt werden, das wechselt freilich im Laufe der Zeiten und der Rechtssysteme. Nur ein Zug der Entwicklung ist da allen gemeinsam: die Verminderung der Zahl und die Herabdrückung der Wirkung der Nichtigkeitsgründe; das letztere ist ein Sieg des germanischen über den römischen Rechtsgedanken der Nullität, das erstere ein Ergebnis der ernsten Lehren des gemeinrechtlichen Prozesses mit seinen zahlreichen Nichtigkeitsgründen und den dadurch bewirkten Prozeßverzögerungen.

IV. Sowohl das römische als das germanische Recht kannten Nichtigkeits-

gründe,[5]) Normverletzungen, welche eine Nichtigkeit herbeiführten. Aber die beiden Rechte knüpften ganz verschiedene Wirkungen an diese Normverletzungen: für jenes war eine nichtige Entscheidung nullius momenti und bedurfte darum keiner Nichtigkeitserklärung; für dieses war eine nichtige Entscheidung insolange eine wirksame, als sie nicht als nichtig vom Gerichte erklärt war. Es ist der Gegensatz wie zwischen der privatrechtlichen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, der hier zum Ausdrucke kommt. Im gemeinrechtlichen Prozesse hat nun das germanische Prinzip im wesentlichen derart den Sieg davongetragen, daß die meisten Nichtigkeiten sanabel waren, das heißt durch die Unterlassung der Einlegung von Rechtsmitteln schon geheilt wurden; für die wenigen insanablen Nichtigkeiten blieb es beim römischen Prinzip. Dies war dann auch der Standpunkt der allgemeinen Gerichtsordnung[6]) und ist jetzt der des Zivilprozeßrechtes. Dieses kennt nur zwei insanable Normverletzungen; sie liegen dann vor, wenn eine Rechtssache auf den Rechtsweg vor die ordentlichen Zivilgerichte gebracht ist, welche nicht dorthin gehört[7]) (§ 42 J. N.; siehe S. 16), und wenn es am Zweiparteienverhältnis fehlt (§ 21); alle anderen Normverletzungen, auch jene schwerster Art, sind heilbar. Sie heilen selbstredend durch ihre rechtzeitige Behebung, sei es durch die Parteien (siehe § 7 Z. P. O.), sei es durch das Gericht, welches z. B. den Fehler in der Gerichtsbesetzung rechtzeitig wahrnimmt und verbessert. Aber sie heilen auch durch den Fortgang des Prozesses, und zwar rücksichtlich der Nichtigkeitsgründe freilich nicht schon durch Unterlassung der Rüge (§ 196 Z. P. O.) und nicht dadurch, daß ein eingelegtes Rechtsmittel den Nichtigkeitsgrund nicht, sondern einen anderen Anfechtungsgrund geltend macht, wohl aber durch die Unterlassung der Einlegung aller Rechtsbehelfe oder durch ihr fruchtloses Einlegen, selbst wenn diese Fruchtlosigkeit gesetzesverletzend ist. Es hindert also mit den einzigen obgenannten Ausnahmen auch der schwerste Prozeßverstoß das gültige Verfahren und die endgültige Entscheidung nicht, wenn die Partei ihre Beanständung unterläßt oder erfolglos unternimmt.

Welche Normverletzungen Nichtigkeitsgründe[8]) sind, das ist natürlicherweise eine Frage des positiven Rechtes. Ein Gesetz kann sie in der Weise beantworten, daß es den terminus „Nichtigkeit" oder „Nichtigkeitsgrund" u. dergl. mehr zu dem Zwecke verwendet, um bekanntzugeben, welche Normverletzungen um ihrer selbst willen zu vermeiden und zu heilen sind; aber ein Gesetz kann dieses Resultat auch anders als durch eine solche ständige Terminologie erreichen, namentlich durch das Aussprechen von rechtlichen

[5]) Skedl, Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung (1886); Rintelen S. 42 ff.

[6]) Skedl in Grünhuts Zeitschr. XIV. S. 81 ff.; v. Canstein, Lehrbuch des (früheren) Zivilprozeßrechtes II. S. 181 ff.; Ullmann, Das (frühere) österreichische Zivilprozeßrecht S. 355 ff.

[7]) Pfaff-Schey Nr. 728, 734. Ausdehnend legt Horten S. 205 den § 42 J. N. aus.

[8]) Über Nichtigkeitsgründe siehe v. Schrutka, Ius novorum S. 24 f.; Klein, Vorlesungen S. 236 ff.; Wehli, Die Kassation im neuen Z. P. (Jur. Bl. 1897 Nr. 44); Rintelen S. 46; Schimm in Jur. Bl. 1897 Nr. 49 ff.; Eisler, Prozeßvoraussetzungen S. 40 ff.

Wirkungen von jenen der Nichtigkeitsgründe gleichen Art bei verschieden benannten Tatbeständen. Die herrschende österreichische Lehre[9]) tritt der ersten Meinung bei und sieht als Nichtigkeitsgrund bloß an, was das Gesetz als „Grund der Nichtigkeit" bezeichnet; das sind die im § 477 Z. P. O. genannten Normverletzungen. Das Gesetz spricht nicht für diese Auffassung; denn nichts im § 477 Z. P. O. deutet darauf hin, daß er eine taxative Aufzählung biete: fehlt doch in ihm im Gegensatze zu den §§ 281, 344 Str. P. O. das Wörtchen „nur". Auch aus dem Gegensatze der Z. 1 und 2 des § 503 Z. P. O. folgt nichts für die Ausschließlichkeit des § 477 Z. P. O.;[10]) es könnte aus § 503 Z. 1 Z. P. O. nur gefolgert werden, daß eine Revision wegen Nichtigkeiten auf § 503 Z. 1 Z. P. O. nur dann gestützt werden darf, wenn es sich um einen der im § 477 Z. P. O. genannten Nichtigkeitsgründe handelt, wegen anderer Nichtigkeiten dagegen nur auf den § 503 Z. 2, 4 Z. P. O.[11]) Und endlich: es kann auch mit der bekämpften Auffassung das Auslangen nicht gefunden werden, weil es außer den im § 477 Z. P. O. genannten Normverletzungen noch andere vom Gesetze mit den gleichen Wirkungen wie diese, aber nicht mit dem Namen „Nichtigkeitsgründe" ausgestattete gibt; so die Verletzung der Normen über die Rechtskraft und die Streithängigkeit[12]) und jener über die Exekutionsfreiheit von Vermögensobjekten;[13]) stellt man diese zweite, im § 477 Z. P. O. nicht genannte Reihe von Tatbeständen als „Aufhebungsgründe" den „Nichtigkeitsgründen" im technischen Sinne[14]) des § 477 Z. P. O. entgegen, so hat man damit nur die wechselnde Terminologie des Gesetzes rezipiert, ohne im Entstehungsgrunde oder in den Wirkungen der beiden Gruppen Unterschiede aufgedeckt zu haben. Bei dieser Sachlage wird man der zweiten der oben zitierten Meinungen beizutreten und auszusprechen haben, daß § 477 Z. P. O. die Nichtigkeitsgründe nicht taxativ aufzähle, und daß wir einen solchen stets dort anzunehmen haben, wo das Gesetz eine Normverletzung mit der Wirkung versieht, daß sie von Amts wegen ohne Bedacht auf ihren Einfluß für die Richtigkeit der Entscheidung und ohne Rücksicht auf darauffolgende Entscheidungen während des ganzen Verfahrens zu beachten und je nach der Sachlage zu beseitigen oder durch die Aufhebung des Verfahrens zu sühnen sei; denn als Charakteristikon der Nichtigkeitsgründe ist nach den §§ 477 ff. Z. P. O. anzusehen, daß sie die Fortsetzung des Verfahrens hindern und das schon durchgeführte Verfahren nichtig, also wirkungslos machen.[15])

---

[9]) Ott, Die Aufgabe der Berufung S. 8; Demelius S. 633 ff.; v. Schuster S. 470; Wachtel S. 434; a. M. die (allerdings viel zu weit gehende) Praxis, Z. E. Nr. 219; Pfaff-Schey Nr. 337, 350.

[10]) A. M. Wachtel S. 434.

[11]) Die Besprechung dieser Frage folgt später.

[12]) Überzeugend v. Schrutka-Rechtenstamm, Ius novorum S. 24 ff.

[13]) Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 33 ff., 119; Pick, Lohnbeschlagnahme S. 147, die sich allerdings nicht mit dem § 477 Z. P. O. auseinandersetzen.

[14]) So Demelius S. 635.

[15]) Vom Zeitpunkte des eingetretenen Nichtigkeitsgrundes an; siehe über das

Prüft man aus diesem Gesichtspunkte die Zivilprozeßgesetze, so ergibt sich vor allem, daß die Verletzung des materiellen Rechtes, die Fällung einer ungerechten Entscheidung niemals einen Nichtigkeitsgrund bildet; die mit Nichtigkeit bedrohten Normverletzungen sind sämtlich Prozeßnormverletzungen. Von diesen sind ausschließlich[16]) die folgenden — ob nun beabsichtigten oder unbeabsichtigten — Kontraventionen Nichtigkeitsgründe:

a) Solche, welche auch durch die Rechtskraft der Entscheidung nicht geheilt werden, sondern noch durch zehn darauffolgende Jahre (über die Fristberechnung siehe § 534 Z. P. O.) mit der Nichtigkeitsklage[17]) geltend gemacht werden können und die Nichtigerklärung der ergangenen (wenn schon rechtskräftigen) Entscheidung sowie des bis zu ihr seit dem Eintreten des Nichtigkeitsgrundes abgeführten Erkenntnis-, Exekutions-[18]) oder Sicherungsverfahrens (§ 78 E. O.) zur Folge haben: die Unfähigkeit zur selbständigen Ausübung des Richteramtes in abstracto[19]) (arg. a minori ad maius des § 529 Z. 1 Z. P. O.;[20]) die Ausschließung des Richters in concreto (§ 529 Z. 1 Z. P. O.; siehe § 39); der Mangel der Vertretung[21]) einer Partei vor Gericht[22]) (§ 529 Z. 2 Z. P. O.; siehe § 26).

b) Solche, welche durch den rechtskräftigen Abschluß jenes Erkenntnis- oder Exekutions- oder Sicherungsverfahrens für die Parteien und das Gericht[23]) saniert sind, in welchem sie vorkommen; daß diese fast ausnahmslos nur für das Erkenntnisverfahren ausgesprochenen Nichtigkeitsgründe in gleicher Weise[24]) im Exekutions- und im Sicherungsverfahren wirken, ergibt sich aus einer sinngemäßen Auslegung des freilich nicht deutlich textierten § 78 E. O.,[25]) ohne die gerade die schwersten Nichtigkeits-

---

Detail R. Pollak, Verzicht auf die untere Instanz (G. Z. 1897 Nr. 51 f.) und die Kommentare ad § 478 Z. P. O.

[16]) A. M. Pfaff-Schey Nr. 337, 350; die Einleitung eines falschen Verfahrens begründe eine Nichtigkeit (nach welcher Norm?); Neumann, Komm. II. S. 7: der Mangel eines Exekutionstitels begründe die Nichtigkeit des Verfahrens; dagegen spricht, daß ex analogia des § 39 Z. 1 E. O. dieser Mangel nur auf Antrag beachtlich ist.

[17]) Mandyczewski, Die Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage (in Grünhuts Zeitschr. XXIV. S. 661 ff.); Trutter S. 582 ff.; Z. E. Nr. 204, 258, 345, 489.

[18]) A. M. Menestrina, l'accessione S. 193 (trotzdem § 529 Z. P. O. von „Entscheidung" und nicht vom „Urteil" spricht); wohl auch Mandyczewski S. 663 f.; Neumann, Komm. I. S. 986 f.

[19]) Nicht auch jene zur selbständigen Ausübung der Funktionen eines Vollstreckungsorganes.

[20]) A. M. Mandyczewski S. 667; Neumann, Komm. I. S. 987; v. Fürstl I. S. 787, da eine solche Scheinentscheidung nullius momenti sei.

[21]) Schickt die Partei einen gesetzlich unzulässigen Vertreter, z. B. einen Winkelschreiber, so hat dieser Nichtigkeitsgrund nicht statt.

[22]) Pfaff-Schey Nr. 716, 741, 750 (Versäumnisverfahren gegen einen Minderjährigen), 977 (Nichtigkeit der Exekutionsführung gegen einen Wahnsinnigen), 1185 (Parteifähigkeit einer Ungarin).

[23]) Über die Ausnahme des § 42 J. N. zu Gunsten der Administrativbehörden siehe S. 16. Siehe auch § 21 IV.

[24]) Das heißt in sinngemäßer Anwendung.

[25]) Siehe Schauer, E. O. S. 250 Anm. 9.

gründe, z. B. § 477 Z. 2, 4, 5 Z. P. O., im Exekutionsverfahren einflußlos blieben. In diese Gruppe b gehören taxativ folgende Nichtigkeitsgründe: die Teilnahme eines mit Erfolg abgelehnten Richters an der Entscheidung; eine vorschriftswidrige Gerichtsbesetzung (siehe § 36), z. B. die Nichtbeobachtung der Vorschriften des § 7 J. N. über die Zahl und Qualität, des § 32 G. O. G. über den Rang der Richter, die Teilnahme eines Richters an der Entscheidung, welcher nicht an der ihr zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung teilgenommen hat (§ 412 Z. P. O.) u. s. f.; der durch Prorogation nicht zu beseitigende Mangel der Gerichtszuständigkeit (siehe § 56); die Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs,[26]) z. B. durch die Unterlassung der gehörigen Ladung oder durch die Nichtzulassung der Partei zum persönlichen Erscheinen neben dem Vertreter;[27]) der Mangel der Parteifähigkeit, jener der Ermächtigung zur Prozeßführung;[28]) die Unzulässigkeit des Rechtsweges,[29]) mag die Rechtssache zum Verwaltungs-, Strafverfahren oder Verfahren außer Streitsachen gehören (S. 16); die res iudicata und die Streithängigkeit des erhobenen Rechtsschutzanspruches;[30]) der ungerechtfertigte Ausschluß der Öffentlichkeit (siehe § 86); die Protokollierung durch die Parteien statt durch das Gericht (siehe § 85); eine derart mangelhafte Entscheidungsverfassung,[31]) daß ihre Überprüfung unsicher ist (mag nun der Mangel in der Sentenz, im Tatbestande oder in den Entscheidungsgründen liegen) oder daß die Entscheidung keine Gründe (z. B. darüber, welche Tatsachen als erwiesen angenommen wurden) oder nur solche Gründe enthält, welche mit ihr im Widerspruche sind. Die zwei letztgenannten, darunter der als vorletzter genannte Nichtigkeitsgrund infolge eines aus der Entstehungsgeschichte erklärlichen Versehens,[32]) gelten im Erkenntnisverfahren der Bagatellsachen nicht (§ 501 Z. P. O.).

Die Normen, deren Verletzung einen Nichtigkeitsgrund bildet, sind zwingenden Rechtes;[33]) ohne daß das Gesetz dies ausdrücklich sagte, ergibt es sich aus § 471 Z. 7 Z. P. O. und aus der Erwägung, daß es sich hier um Grundsätze handelt, deren ununterbrochene Wahrung erforderlich ist. Sie sind darum in erster wie auch in höherer Instanz von Amts

---

[26]) Klein, Vorlesungen S. 236 ff. (mit vielen Details).

[27]) Z. E. Nr. 19 (Zulassung der Vertreter juristischer Personen neben dem Prozeßvertreter).

[28]) Fehlt im § 477 Z. 5 Z. P. O., steht aber im § 7 Z. P. O.; Eisler S. 41.

[29]) Z. E. Nr. 61; Pfaff-Schey Nr. 847, 903, 969 (die Sache gehört in das Verfahren außer Streitsachen), 986 (zur Verhängung von Ordnungsstrafen gegen Militärpersonen sind die Gerichte absolut unzuständig).

[30]) Überzeugend v. Schrutka, Ius novorum S. 24 ff.; übereinstimmend im Ergebnisse Klein S. 258 ff., wohl auch Trutter S. 347; a. M. Ott a. a. O. S. 232; Z. E. Nr. 102; Pfaff-Schey Nr. 655; Eisler S. 42.

[31]) Z. E. Nr. 126 (vortrefflich begründet); Pfaff-Schey Nr. 291, 648; Klein S. 240 ff.; Hruza in Jur. Bl. 1899 Nr. 41 ff.; zu weit geht Wachtel S. 435.

[32]) Er fehlt im § 495 des Entwurfes; als er eingefügt wurde, übersah man, den § 501 Z. P. O. richtigzustellen; Materialien II. S. 322.

[33]) Ausnahme: § 477 Z. 5 Z. P. O., der auch das hier zutreffende arg. e contr. liefert.

wegen, auch ohne einen dahingehenden Antrag und in der höheren Instanz auch ohne eine Beschränkung auf den angefochtenen Teil der Entscheidung zu wahren[34]) (§ 494 Z. P. O., der eine Ausnahme von der Regel des § 462 Z. P. O. darstellt), falls nur die Einlegung eines Rechtsmittels den äußerlichen Anlaß zur Aktenvorlage und Prüfung gibt.[35])

V. Die Nichtigkeitsgründe stellen jenes Maß an Formalismus dar, welches das geltende Zivilprozeßrecht als unerläßlich ansieht; denn von allen Formverletzungen werden nur sie ohne Rücksicht auf ihre Erheblichkeit in concreto beachtet, sind nur sie ohne eine solche Rücksicht folgenschwer. Alle anderen Normverletzungen sind nur wegen ihres Einflusses auf die konkrete Entscheidung des Gerichtes beachtlich; ist diese Entscheidung richtig, so wird sie nicht um dessen willen aufgehoben oder abgeändert, weil eine (nicht mit Nichtigkeit bedrohte) Normverletzung ihr voranging oder sie begleitet; mit anderen Worten: keine Partei vermag sich mit Erfolg über solche Normverletzungen dann zu beschweren, wenn die wegen der Normverletzung angefochtene Entscheidung sachlich richtig ist (arg. § 496 Z. 1, 2 Z. P. O.).[36]) Der Satz gilt gleichmäßig für das Erkenntnis-, für das Exekutions- und für das Sicherungsverfahren und bedeutet eine erhebliche, aber sachgemäße Einschränkung der erfolgreichen Anfechtbarkeit, da hiemit der Anfechtbarkeit der Erfolg auch dann manchmal versagt ist, wenn die beanständete Normverletzung erfolgt ist.

Sämtliche hieher gehörenden Normen zerfallen in die zwei schon oben genannten Klassen, in solche zwingenden und in solche dispositiven Charakters. Bei den ersten gibt es keinen bindenden Parteiverzicht[37]) auf ihre Beobachtung (§ 196 Z. P. O.); hat ihre (beabsichtigte oder unbeabsichtigte) Verletzung die sachgemäße Erledigung beeinträchtigt, so saniert erst die Unterlassung der aus welchem Grunde immer eingelegten Rechtsmittel den Fehler. Anders bei den dispositiven Normen. Hier gibt es einen Verzicht auf die Behebung ihrer Verletzung, und es steht dann dem Verzichte auch die Unterlassung der sofortigen Rüge einer Normverletzung gleich (§ 196 Z. P. O.), obwohl diese Unterlassung nicht immer den Rückschluß auf den Verzichtswillen gestattet, sondern häufig nur einen solchen auf die Fahrlässigkeit oder Rechtsunkenntnis. Als Beispiel von Normen der ersten Art seien jene über die erschöpfende Erörterung des Sachverhaltes[38])

---

[34]) Eisler S. 43ff. (mit guten Gründen); v. Fürstl I. S. 688; R. Pollak, Verzicht auf die untere Instanz (in G. Z. 1897 Nr. 51); a. M. v. Canstein S. 201 f.; Schauer, Z. P. O. S. 773; Neumann, Komm. I. S. 901; Bum in Jur. Bl. 1898 S. 254; Trutter S. 552.

[35]) Über die überflüssigen, ja sinnstörenden Worte: „von Amts wegen wahrzunehmende" Nichtigkeit im § 510 Abs. 2 Z. P. O siehe die richtigen Bemerkungen von Eisler S. 46 gegen Wachtel S. 468.

[36]) Rintelen S. 50 ff.; Ott S. 231.

[37]) Auch der Rechtsmittelverzicht, der an sich bindet, wirkt da nicht immer, z. B. nicht, wenn der Gegner ein Rechtsmittel, sei es auch nicht wegen dieses Fehlers, einlegt.

[38]) Sie sind von Amts wegen zu beachten; Beißer, Nova im Berufungsverfahren S. 23; Wachtel S. 422; a. M. Klein, Vorlesungen S. 260; v. Schrutka, Ius novorum S. 27; Rintelen S. 82 f.

(§ 496 Z. 2 Z. P. O.), über die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme[39]) genannt, als Beispiel der zweiten Art jene über die Klagänderung.

§ 19. Die Prozeßvoraussetzungen.[1])

I. Durch die Erhebung eines begründeten oder unbegründeten Rechtsschutzanspruches wird die Pflicht des Gerichtes zu seiner Prüfung und Beurteilung und es werden auch rechtlich geordnete Beziehungen der Prozeßparteien zueinander geschaffen, jene Pflicht durch die Erhebung des Rechtsschutzanspruches, diese Beziehungen in der Regel durch seine Streithängigkeit; die Beziehung zum Gerichte entsteht immer, jene der Parteien zueinander nur, wenn es zur Einleitung des Verfahrens kommt. Seit Bülows Vorgang pflegt man[2]) diese Beziehungen als ein Rechtsverhältnis zu bezeichnen, und zwar mit Fug, da es sich um rechtlich geordnete Beziehungen von Personen handelt. Liegt aber ein Rechtsverhältnis vor, so muß dasselbe seine Voraussetzungen, der Prozeßbau muß sein Gerüste haben, und wiederum seit Bülow nennt man diese freilich schon vor ihm[3]) als solche erkannten Voraussetzungen die Prozeßvoraussetzungen.

Sie sind nach der üblichen Lehre die Minimalerfordernisse eines jeden Prozesses, sich zusammensetzend aus Zuständen und Vorgängen außerhalb desselben, unabhängig vom einzelnen Rechtsschutzanspruche; ihren Gegensatz bilden dann die schon oben besprochenen Rechtsschutzbedingungen, welche für jeden konkreten Rechtsschutzanspruch in Frage kommen. Sind die Prozeßvoraussetzungen somit die Gültigkeitsbedingungen des Prozeßrechtsverhältnisses, so ist konsequenterweise das Rechtsverhältnis ungültig, dem sie fehlen; logisch ist es dann, daß in einem solchen ungültigen Prozesse nicht über die Existenz eines Rechtsschutzanspruches entschieden und ein solcher auch nicht durchgesetzt oder gesichert werden darf. Nur eine weitere logische Forderung ist es, daß in jedem Prozesse vorerst die Existenz der Prozeßvoraussetzungen feststehen muß, ehe auch nur an die Prüfung des Rechtsschutzanspruches herangetreten werden darf. Ein Prozeßgebäude nach diesem logischen Systeme errichtet, wäre sicherlich jetzt für die Praxis unbrauchbar. Es kann darum dahingestellt bleiben, ob wirklich der römische Formularprozeß, wie Bülow behauptet, das Verfahren in iure im wesentlichen nur zur Feststellung der Prozeßvoraussetzungen verwendete, und ob das Verfahren in iudicio jedenfalls deren Prüfung

[39]) Z. E. Nr. 395.

[1]) Bülow, Die Lehre von den Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen (1868); Eisler, Die Prozeßvoraussetzungen in der österr. Z. P. O. (1899); Trutter S. 270 ff.; für das frühere österreichische Recht Heyßler, Die Prozeßvoraussetzungen (in Grünhuts Zeitschr. I. S. 114 ff.); v. Canstein, Lehrbuch §§ 12, 27.

[2]) Wach I. § 4; Eisler S. 4; Bülow in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXVII. S. 224 ff.; die weitere Literatur bei R. Pollak, Das gerichtliche Geständnis S. 64. Unbeachtet lassen den Begriff Fitting und v. Planck.

[3]) Siehe die Nachweise aus Bethmann-Hollweg, Wetzell, Renaud bei Heyßler S. 114 f.

ausschloß; für den modernen Prozeß ist diese scharfe Scheidung der Prüfung der Prozeßvoraussetzungen von jener der Rechtsschutzbedingungen ebensowenig Gesetz und am Platze, als die römische Auffassung der Nichtigkeitsgründe. Den besten Beweis hiefür hat der gemeinrechtliche Prozeß dadurch geliefert, daß er, welcher der Sache nach die Prozeßvoraussetzungen großenteils als prozeßhindernde Einreden kannte,[4]) damit zur schikanösesten Prozeßverschleppung den reichlichen Anlaß gab; denn die bloße Behauptung des Mangels einer Prozeßvoraussetzung, das bloße Vorschützen einer Prozeßeinrede bewirkte da schon die Prozeßhinderung und mußte sie bewirken, sollte der Einrede der Charakter einer prozeßhindernden gewahrt bleiben. Trotz Bülows beweglichem und durch die Macht seiner Darstellung doppelt eindringlichem Appell an die Gesetzgebung haben die deutsche und namentlich die österreichische Zivilprozeßordnung die entwickelten logischen Konsequenzen aus dem Begriffe der Prozeßvoraussetzungen darum nicht gezogen, sondern sind glücklicherweise auf dem halben Wege stehen geblieben.

Dies gilt für Österreich[5]) nach zwei Richtungen hin: die scharfe Cäsur zwischen der Prüfung der Prozeßvoraussetzungen und jener der Rechtsschutzbedingungen besteht nicht, und die Prozeßvoraussetzungen sind bis auf zwei (§ 42 J. N.; unten § 21 IV) keine Gültigkeitsbedingungen sensu stricto für den Prozeß.[6]) Nimmt man noch hinzu, daß der Mangel der Prozeßvoraussetzungen sehr verschiedene Wirkungen hervorruft, so ist die Praktikabilität dieses Begriffes für das geltende österreichische Recht zwar nicht aufgehoben, aber erheblich vermindert. Für dieses kann man nämlich nur mehr folgende Definition geben: Prozeßvoraussetzungen sind Tatbestände außerhalb des einzelnen Prozesses, welche zwar mit zwei Ausnahmen keine Gültigkeitsbedingungen desselben sind, aber zur ordnungsgemäßen Prozeßführung vorhanden sein *sollen*, und die von Amts wegen festgestellt werden. Prozeß, ja unter Umständen einen gültigen Prozeß gibt es also auch trotz des Mangels von Prozeßvoraussetzungen. Sie *sollen* nur vorhanden sein; und damit diesem Sollen wenn möglich die Wirklichkeit entspreche, wird ihr Sachverhalt von Amts wegen ermittelt, nicht bloß von den Parteien vorgetragen (siehe § 83); stellt sich hiebei ihr Mangel heraus, so führt er zur Ablehnung der Sachentscheidung, *wenn er rechtzeitig entdeckt wird*. Die letztere, nicht auch die erstgenannte Eigenschaft teilen die Prozeßvoraussetzungen mit den Prozeßeinreden; das sind Tatbestände, welche der Angegriffene (z. B. der Beklagte) geltend machen muß, damit die Sachentscheidung abgelehnt werde.

Auch in dieser Beschränkung ist der Begriff der Prozeßvoraussetzungen gerade wegen seiner Beziehung auf die Sachverhaltsermittlung brauchbar.

---

[4]) Siehe die Nachweise bei *Bülow* S. 18 ff.

[5]) In Deutschland liegen die Verhältnisse wegen des § 274 dtsch. Z. P. O. etwas anders.

[6]) Das ist auffallend wenig beachtet; doch finden sich dahin abzielende Andeutungen bei R. *Schmidt*, Lehrbuch S. 796; *Trutter* S. 473.

II. Die Prozeßvoraussetzungen sind stets solche des positiven Rechtes. In Österreich erscheinen als solche, und zwar gleichmäßig im Erkenntnis-, Exekutions- und Sicherungsverfahren

a) auf Seite der Parteien: die Partei- (§ 21), Prozeß- (§ 25), Postulationsfähigkeit[7]) (§ 26), die Prozeßlegitimation (§ 27); dagegen behandelt die Zivilprozeßordnung die Sachlegitimation (Aktiv- und Passivlegitimation zum Anspruche) nirgends als eine Prozeßvoraussetzung,[8]) ebensowenig die Pflicht einer Person, vor den österreichischen Gerichten Recht zu nehmen;[9])

b) auf Seite der Streitsache: das Vorliegen eines Rechtsschutzanspruches,[10]) üblich in der Fassung: die Zulässigkeit des Rechtsweges[11]) (§§ 3, 5, 9); seine Unberührtheit, daß er also nicht streithängig (gerichtsanhängig), rechtskräftig entschieden sei (§ 240 Z. P. O.); die Formrichtigkeit des Eröffnungsantrages (z. B. der Klage), insoweit sie zur ordnungsgemäßen geschäftlichen Behandlung erforderlich ist (§ 85), nicht auch, insoweit sie eine Sachentscheidung z. B. durch die mangelnde Individualisierung des Anspruches hindert;[12]) dagegen ist die Klagbarkeit eines Anspruches nur dann eine Prozeßvoraussetzung, wenn sie mit jener der Zulässigkeit des Rechtsweges zusammenfällt;[13])

c) auf Seite des Gerichtes: die Zuständigkeit (§ 73); die ordnungsgemäße Gerichtsbesetzung (§ 36); die Geeignetheit der Gerichtspersonen in abstracto und in concreto (§ 39).

Hiezu tritt im Exekutions- und Sicherungsverfahren die Exekutionsunterworfenheit der als Exekutionsobjekte in Anspruch genommenen Personen und Vermögensstücke (§ 6).

Da das Gesetz keine einzige dieser Prozeßvoraussetzungen als solche nennt, sind sie hier darnach ermittelt, ob ihr Tatbestand von Amts wegen erhoben wird, und ob sie bei ihrer rechtzeitigen Entdeckung von Gesetzes wegen zur Ablehnung der Sachentscheidung, Anspruchsdurchsetzung oder Sicherung zu führen haben. Alle genannten Tatbestände zeigen diese beiden Eigenschaften, wenn auch in verschiedenen Graden; diese Tatbestände sieht demnach das Gesetz als solche an, welche alle[14]) bei der Erledigung eines jeden Rechtsschutzanspruches vorhanden sein sollen, ob nun die Parteien wollen oder nicht, und die gerade darum von Amts wegen festgestellt werden, sobald ein Anlaß ist, an ihrem Vorhandensein zu zweifeln.

---

[7]) Sie kann mit Rücksicht auf die §§ 185 Z. P. O., 78 E. O. auch im Exekutions- und Sicherungsverfahren von Bedeutung sein.

[8]) v. Schuster S. 101 Anm. 22; Heyßler a. a. O. S. 139 ff.; a. M. Eisler S. 22 f.

[9]) A. M. Gl. U. Nr. 11709; Eisler S. 22.

[10]) Nicht einer „Zivilrechtssache", wie Eisler S. 23 f. sagt. Über die Voraussetzung des Feststellungsinteresses siehe Z. E. Nr. 445.

[11]) Gl. U. Nr. 11485, 14692.

[12]) Viel zu weit geht Eisler S. 26.

[13]) Neumann, Komm. I. S. 909; a. M. Eisler S. 25.

[14]) Mit Ausnahme der nur für das Exekutions- und Sicherungsverfahren relevanten Exekutionsunterworfenheit.

Nichtsdestoweniger sind die nicht hier im Detail zu besprechenden Wirkungen des Mangels einzelner Prozeßvoraussetzungen sehr verschiedenartig. Werden die Mängel bei der Erhebung des Rechtsschutzanspruches entdeckt, so führen sie meistens zur sofortigen Ablehnung des Verfahrens; bei manchen Mängeln (Prozeß-, Postulationsfähigkeit, Prozeßlegitimation, Formmängel des Eröffnungsantrages) hat aber das Gericht erst einen Versuch zu ihrer Behebung zu machen und erst nach der Fruchtlosigkeit oder bei der Aussichtslosigkeit dieses Versuches das Verfahren abzulehnen. Ist das Verfahren eingeleitet, und der Mangel einer Prozeßvoraussetzung kommt nun hervor, so behält er in der Regel die Kraft eines Nichtigkeitsgrundes (§ 18), so daß das noch nicht in der ersten Instanz abgeschlossene Verfahren einzustellen ist; der Mangel der durch Prorogation beschaffbaren Zuständigkeit (§ 477 Z. 3 Z. P. O.; siehe § 56), jener der Prozeßlegitimation (§ 477 Z. 5 Z. P. O.) und die Formmängel (§ 84 Z. P. O.) bilden jedoch keinen Nichtigkeitsgrund und sind für die Instanz durch die Verfahrenseinleitung saniert. Von einer höheren Instanz dürfen beide Mängelgruppen nur dann beachtet werden, wenn ein Rechtsmittel eingelegt wird; dann aber sind die Nichtigkeitsgründe zu würdigen, auch wenn sie keinen geltend gemachten Rechtsmittelgrund bilden, die anderen Voraussetzungsmängel nur, wenn sie als solche geltend gemacht sind.

Unterscheiden sich schon darnach die Prozeßvoraussetzungen des österreichischen Rechtes erheblich von dem Bülow'schen Typus derselben — nur zwei sind insanabel und entsprechen darum dem Bülow'schen Begriffe — so wird die Differenz dadurch noch größer, daß jene des österreichischen Rechtes grundsätzlich keine prozeßhindernde Wirkung haben, sondern daß die Behauptung ihres Mangels keine Prozeßpartei zur Verweigerung der „Einlassung in die Verhandlung zur Hauptsache" berechtigt (§ 260 Z. P. O.); im gerichtlichen Ermessen steht es, wenigstens eine abgesonderte — aber nicht prozeßhindernde — Verhandlung über die Prozeßvoraussetzungen anzuordnen (§ 260 Z. P. O.).

§ 20. Die Literatur.

I. Eine geschichtliche Darstellung des österreichischen Zivilprozeßrechtes fehlt; wertvolle Beiträge zu einer solchen haben v. Canstein (Lehrbuch der Geschichte und Theorie des österreichischen Zivilprozeßrechtes), Ott (Beiträge zur Rezeptionsgeschichte des römisch-kanonischen Prozesses in den böhmischen Ländern), v. Luschin (Geschichte des Gerichtswesens in Österreich), v. Domin-Petrushevecz (Neuere österreichische Rechtsgeschichte), v. Maasburg (Geschichte der obersten Justizstelle), Graf Chorinsky (Der österreichische Exekutivprozeß) u. a. m. geliefert. Für das bis zum 1. Jänner 1898 geltende Zivilprozeßrecht gab es keinen eingehenden Kommentar, wohl aber zwei systematische Gesamtdarstellungen: v. Canstein, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechtes (2. Aufl., 2 Bde.); D. Ullmann, Das österreichische Zivilprozeßrecht (3. Aufl.).

II. Die Materialien zu den Zivilprozeßgesetzen sind im Jahre 1897 in zwei starken Bänden vom Justizministerium publiziert worden. Schon nach ihrem Titel: „Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozeßgesetzen" ist es klar, daß die Sammlung für das aufrechterhaltene frühere Zivilprozeßrecht keine Behelfe bringt; sie enthält aber auch nicht alle Materialien für das neue Recht; es fehlen u. a. die Beratungen in pleno der beiden Häuser des Reichsrates und die Materialien über das Gerichtsorganisationsgesetz und Gewerbegerichtsgesetz. Über die Verwertung der Materialien genügt bei der Einhelligkeit der Theorie[1]) eine kurze Bemerkung. Träger des Gesetzeswillens ist ausschließlich das Gesetz; weicht dieses von der Absicht oder den Wünschen aller oder einzelner Gesetzgeber ab, so entscheidet das Gesetz, nie aber diese Absicht oder dieser Wunsch, sollte er auch aus den Materialien mit Bestimmtheit zu entnehmen sein. Aus diesen anerkannten Sätzen folgt, daß die Materialien keine wie immer geartete formale Autorität besitzen, und daß sie auch nicht zur authentischen Gesetzesauslegung dienlich sind, sondern daß sie den Wert einer wissenschaftlichen Vorarbeit und eines Referates über die Gedanken einzelner hervorragend an der Gesetzgebung Beteiligter haben.

Den Materialien steht nahe die Fragenbeantwortung oder mit ihrem vollen Titel: Beantwortung der Fragen, welche dem Justizministerium über Bestimmungen der neuen Prozeßgesetze vorgelegt wurden (138 S., 1897); Beantwortung der dem Justizministerium vorgelegten Fragen über Bestimmungen der Geschäftsordnung für die Gerichte erster und zweiter Instanz (24 S., 1897). Behufs einer guten Vorbereitung der Gesetzesanwendung hatte die Justizverwaltung Besprechungen der Richter eingeleitet und die hiebei aufgetauchten Zweifel mit den obgenannten zwei Heften zu zerstreuen gesucht, deren Inhalt teils vom Justizministerium, teils vom obersten Gerichtshofe stammt; daß er eine authentische Gesetzesinterpretation bedeute, wird in der einleitenden Verordnung des Justizministeriums ausdrücklich abgelehnt. Mit Rücksicht auf diese, an sich nicht einmal erforderliche Erklärung und auf das zweifellose Recht, ja wie v. Schrutka mit Fug hervorhebt,[2]) auf die Pflicht der Justizverwaltung zur Erteilung von Aufklärungen und Belehrungen über die Bedeutung von Rechtsnormen (§§ 74 ff. G. O. G.) ist die Berechtigung der Justizverwaltung zur Herausgabe der Fragenbeantwortung gegenüber den zum Teile heftigen Angriffen[3]) völlig anzuerkennen und ihr Versuch zur rechtzeitigen Rechtsbelehrung direkt zu rühmen. Leider hat sie ihren Be-

[1]) Siehe statt aller Thöl, Einleitung in das Privatrecht S. 150; Kohler, Über die Interpretation von Gesetzen (in Grünhuts Zeitschr. XIII. S. 1 ff.), dessen Konsequenzen freilich nicht stets beizutreten ist; Bernatzik, Rechtsprechung S. 251 ff.

[2]) Über die Stellung des Richters nach heutigem österreichischen Rechte S. 61 ff.

[3]) Beck, Fünf Kapitel über Vollzugsverordnungen (1898); Tinzl in der „Zeit" 1898 Nr. 174; A. Ružička in Jur. Bl. 1898 S. 77 f.; Bum in Jur. Bl. 1898 S. 291.

lehrungen keine Begründungen hinzugefügt, hiedurch die Nachprüfung ihrer Rechtsanschauungen erschwerend, wenn auch nicht verhindernd.[4])

In denselben Zusammenhang gehört endlich das amtliche Formularienbuch samt seinem Nachtrage (Vdg. vom 7. Oktober 1897 Nr. 38 J. M. Vdg. Bl., 2. Aufl. 1903); andere als diese amtlichen Formulare dürfen von den Gerichten nicht benutzt werden (§ 94 G. O.).

III. Sperl, Übersicht über die Literatur und Praxis des geltenden österreichischen Zivilprozeß- und Exekutionsrechtes, 5 Hefte; umfaßt die Literatur bis Ende 1900.

Kommentare:

Karl v. Fürstl, Die österreichischen Zivilprozeßgesetze, 3 Bde. (1050, 818, 316 S.), 1897—1900.

Franz v. Winiwarter, Die Jurisdiktionsnorm samt Einführungsgesetz erläutert, 127 S., 1897.

Heinrich Horten, Die Jurisdiktionsnorm und ihr Einführungsgesetz, 339 S., 1898.

Ernst Demelius, Der neue Zivilprozeß, 745 S., 1902; behandelt die Jurisdiktionsnorm, die Zivilprozeßordnung und die zwei Einführungsgesetze hiezu.

Georg Neumann, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen vom 1. August 1895, 1323 S., 1898.

Jakob Wachtel, Erläuterungen zur Zivilprozeßordnung vom 1. August 1895 Nr. 113, 544 S., 1897.

Ferdinand Freih. v. Czoernig, Vorlesungen über die Exekutionsordnung, 371 S., 1898.

Den Kommentaren stehen nahe:

Hugo Schauer, Die Zivilprozeßordnung und Jurisdiktionsnorm vom 1. August 1895 samt Einführungsgesetzen und den in Geltung verbliebenen bezüglichen Gesetzen und Verordnungen, 3. Aufl., 966 S., 1898.

Hugo Schauer, Die Exekutionsordnung vom 27. Mai 1896 samt dem Einführungsgesetze und den in Geltung verbliebenen bezüglichen Gesetzen und Verordnungen, 2. Aufl., 773 S., 1898.

Hugo Schauer und Richard Hoedl, Die Gerichtsorganisationsgesetze und die neue Geschäftsordnung samt allen Durchführungsverordnungen zu den Zivilprozeßgesetzen und den bezüglichen älteren Gesetzen und Verordnungen, 2. Aufl. 1901.

Robert R. v. Neumann-Ettenreich und Alfred Bloch, Schriftsätze im Zivilprozesse, 168 S., 1900.

Paul v. Vittorelli, Alfred Bloch und Hans Fischböck, Schriftsätze im Exekutions- und Sicherungsverfahren, 454 S., 1900.

---

[4]) A. M. Petschek in Jur. Vrtjschr. XXXII. S. 31 f.; wohl auch Demelius in der Vorrede zu „Der neue Zivilprozeß", der aber im Buche selbst S. 574, 701 ihr eine zu große Bedeutung beilegt.

Michael Heller und Franz Trenkwalder, Die österreichische Exekutionsordnung in ihrer praktischen Anwendung, 878 S., 1902.

Peter Freih. Fellner v. Feldegg und Camillo v. Ohmeyer, Die österreichische Exekutionsordnung vom 27. Mai 1896 in der Spruchpraxis des Wiener Landes- als Berufungs- und Rekursgerichtes mit Verweisung auf die Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes, 446 S., 1902.

Systematische Darstellungen.

Max v. Schuster-Bonnott, Österreichisches Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., 790 S., 1898.

Josef Trutter, Das österreichische Zivilprozeßrecht, 680 S., 1897; das Exekutionsrecht ist nicht dargestellt.

Raban Freih. v. Canstein, Das neue österreichische Zivilprozeßrecht (in Leske & Löwenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehre III. S. 1—355), 1901.

Franz Klein, Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses, 297 S., 1900; das Exekutionsrecht ist nicht behandelt.

Dominik Ullmann, Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechtes, 182 S., 1900; das Exekutionsrecht ist nicht dargestellt.

Arthur Skedl, Das österreichische Zivilprozeßrecht, 1. Bd., 446 S., 1900; im vorliegenden Bande ist die Lehre von den Grundsätzen des Zivilprozeßrechtes, von den Parteien und den Nebenintervenienten behandelt.

Georg Neumann, Die Exekutionsordnung, 531 S., 1900.

Statistisches:

Johann Winkler, Zivilprozeß- und Exekutionsverfahren, 1898—1900, 91 S., 1902.

Im Erscheinen:

Georg Neumann, Kommentar zur Exekutionsordnung, 1902 ff. (bisher bis zu § 53 E. O. reichend).

Dritter Abschnitt.

Die Parteien und die Teilnehmer an fremden Prozessen.

§ 21. Die Parteifähigkeit.[1]

I. „Jedem, der sich in seinem Rechte gekränkt zu seyn erachtet, steht es frei, seine Beschwerde vor der durch die Gesetze bestimmten Behörde anzubringen" (§ 19 a. b. G. B.). Damit jemand sich in seinem Rechte gekränkt erachten könne, muß er befähigt sein, Rechte zu haben. Versteht man unter der Parteifähigkeit die Fähigkeit, ein aktives oder passives Subjekt im Prozesse zu sein, so vermag dies also in Gemäßheit des § 19 a. b. G. B. nur ein Rechtsfähiger, ein Rechtssubjekt. Die Parteifähigkeit, das ist die Fähigkeit, ein Prozeßsubjekt (dominus litis)[2] zu sein, kommt also den privatrechtlich Rechtsfähigen, darum allen Personen[3] und nur[4] Personen zu; zwei Ausnahmen des Privatrechtes von diesen Sätzen sind allerdings gemäß § 19 a. b. G. B. auch auf das Zivilprozeßrecht zu übertragen: (bedingt) rechtsfähig (obwohl keine Personen) und daher auch parteifähig sind Ungeborene (§ 22 a. b. G. B.) und (unbedingt) die hereditas iacens vor der Erbserklärung (§ 811 a. b. G. B.; § 34 E. O.); es handelt sich hier dem Gesetze um die zweckmäßige Berücksichtigung von Schwebezuständen.

---

[1]) Skedl I. S. 137 ff.; Ullmann S. 29 ff.; Trutter S. 319 ff.; Tilsch, Einfluß der Zivilprozeßgesetze (2. Aufl.) S. 39 ff.; Horten, Zum § 1 Z. P. O. (G. H. 1900 S. 559 ff.); Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 173 Anm. 15, S. 179 ff. Aus dem früheren Rechte: Menger, Lehre von den Streitparteien (in Grünhuts Zeitschr. VII. S. 647 ff.); aus der deutschen Literatur: Wach, Handbuch I. S. 518 f.; Gaupp-Stein I. S. 132 ff.

[2]) Das Gesetz nennt es „Partei", hie und da „Streitpartei" (§ 14 Z. P. O.), „Streitteil" (Art. XIV Einf. Ges. zur Z. P. O.), „Hauptpartei" (§§ 19, 20, 98, 234 Z. P. O.).

[3]) Z. B. dem Staate, dem Wiener Stadterweiterungsfonds (Pfaff-Schey Nr. 481), Schulgemeinden in Mähren (Z. E. Nr. 360), ausländischen Aktiengesellschaften ohne inländischen Gewerbebetrieb (Z. E. Nr. 88; zweifelnd Walker, Streitfragen S. 50 ff.); nicht protokollierten Handelsgesellschaften (a. M. Eisler, Prozeßvoraussetzungen S. 18; Gl. U. Nr. 13746). Vergl. auch § 75 J. N. (verbo: „Rechtssubjekten").

[4]) A. M. Tilsch S. 39; Pfaff-Schey Nr. 315 (Bezirksstraßenausschuß), 637, 687 (Pfarre); Skedl I. S. 122 (Komitees, die keine Vereine sind).

Eine abweichende Lehre[5]) spricht die Parteifähigkeit auch Personenvereinigungen zu, welche nicht zu den Korporationen, und Vermögensmassen, welche nicht zu den Zweckvermögen gerechnet werden können; sie kennt Parteien, die keine Personen sind.[6]) Hieher zählt sie z. B. die Fälle der Art. 194, 195, 226 H. G. B., § 25 Gen. Ges., § 9 des Ges. vom 24. April 1874 Nr. 49, die Konkursmasse; sie sieht sie nicht als Rechtsobjekte, sondern als Rechtssubjekte an. Das Motiv für die Aufstellung dieser Kategorie liegt darin, daß die Gesetze in den genannten Fällen der Person, dem privatrechtlichen Subjekte des Anspruches die Erlaubnis — nicht die Sachlegitimation — versagen, selbst oder allein den Prozeß über diesen Anspruch zu führen; so darf z. B. der einzelne Kommanditaktionär die Prozesse der Art. 194, 195 H. G. B. nicht führen, ebensowenig der Gemeinschuldner jene der „Konkursmasse". Daraus schloß man, daß diese privatrechtlichen Subjekte nicht die Prozeßparteien seien; und da ein Prozeß ohne Parteien nicht denkbar sei (siehe aber § 22 III), schuf man die Kategorie der nur prozessualen Persönlichkeit, der Partei ohne Persönlichkeit (Tilsch).

Allein die Voraussetzung dieser Konstruktion ist unrichtig; es ist eben nicht richtig, daß jene Personen nicht die Prozeßparteien der betreffenden Prozesse sind. Sie sind es nicht etwa deshalb, weil und wenn es ihr Privatrechtsanspruch ist, um welchen prozediert wird — der Rechtsschutzanspruch brauchte ihnen deshalb noch nicht zuzustehen — sondern weil die materiellrechtlichen Wirkungen des Prozesses völlig ins Leere fielen, wenn nicht sie, sondern eine nur prozessuale Persönlichkeit die Parteirolle innehätte: wen träfe denn die Rechtskraft, die Prozeßkostenersatzpflicht u. s. f., wenn einerseits der einzelne Kommanditist nicht die Parteifähigkeit und wenn andererseits die Gesamtheit der Kommanditisten nicht die zivilistische Rechtsfähigkeit hat?[7]) Man wird darum auch dort, wo es sich nicht ohnedies nur um abgekürzte Bezeichnungen einer Personenmehrheit handelt, auf dem durch § 19 a. b. G. B. begründeten Standpunkte bleiben müssen, daß nur Personen parteifähig sein können;[8]) zur Erklärung der Auffälligkeiten in den obgenannten Prozessen reichen die Kategorien der Streitgenossenschaft und der gesetzlichen Vertretung aus. Schon die erstgenannte Kategorie reicht aus, um den wichtigsten der hiehergehörigen Fälle, jenen der offenen Handelsgesellschaft befriedigend zu erklären.[9])

---

[5]) Skedl I. S. 121 ff.; Tilsch S. 39; Ullmann S. 30. Den Ausgangspunkt für diese Lehre hat Wach I. S. 520 ff. gegeben, ihre jüngste Begründung Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 244 ff.

[6]) Umgekehrt kennt Horten a. a. O. S. 560 Personen, die parteiunfähig sind. v. Canstein S. 71 zählt die genannten Vermögensmassen zu den Rechtssubjekten.

[7]) Die Argumentation Hellwigs a. a. O. S. 254 ff., der eine erweiterte Rechtskraft der gegen die „Masse" erwirkten Urteile gegen ihr Subjekt nachzuweisen versucht, ist für das österreichische Recht mangels gesetzlicher Grundlage unverwendbar.

[8]) Die Ausnahmen der §§ 22, 811 a. b. G. B. kommen hier nicht in Betracht.

[9]) Vergl. Horten, Prozeßfähigkeit (in Gellers Ztbl. XIX. S. 966), der fast durchwegs vom Texte abweicht; Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft S. 481 ff.; Staub-

Sie ist anerkanntermaßen keine juristische Person[10]) — auch § 75 J. N. erklärt sie nicht dafür[11]) — aber sie klagt und wird geklagt unter ihrer Firma (Art. 111 H. G. B.), und zwar auch dann, wenn (und weil) sie zwar protokollierungspflichtig, aber nicht im Handelsregister protokolliert ist,[12]) und das für und wider sie ergehende Urteil ergreift auch neu eintretende Gesellschafter (Art. 113 H. G. B.). Dennoch ist sie kein Rechtssubjekt, sondern eine Personenmehrheit, welche für gewisse Rechtsbeziehungen (siehe § 36 Z. 2 E. O.) einen einheitlichen Namen (die Firma) führt. Anderenfalls wäre nicht zu erklären, daß die Gesellschaft als Beklagte mit Forderungen ihres Gesellschafters gegen den Kläger kompensieren darf (Art. 121 H. G. B.), daß die Urteile für und wider die Gesellschaft (ohne daß eine erweiterte Rechtskraft normiert wäre) für und wider die Gesellschafter, welche es während des Prozesses waren oder wurden, Rechtskraft haben (arg. §§ 11, 36 Z. 2 E. O.),[13]) daß gegen die Gesellschaft ergangene Urteile gegen diese Gesellschafter vollstreckungsfähig sind (§ 11 E. O.), daß auch — worauf freilich am wenigsten Gewicht zu legen ist[14]) — die nicht vertretungsbefugten Gesellschafter als „Partei" vernommen werden dürfen (§ 373 Z. P. O.). Der Prozeß der offenen Handelsgesellschaft ist also ein Prozeß von Streitgenossen, der von den sonstigen Fällen der Streitgenossenschaft sich nur durch die Konsequenzen der Widmung eines Vermögensteiles der Streitgenossen für bestimmte, nämlich die Gesellschaftszwecke unterscheidet.[15])

II. Parteifähigkeit setzt also die zivilistische Rechtsfähigkeit voraus. Diese Rechtsfähigkeit kann eine beschränkte sein (z. B. bei juristischen Personen, Ordensgeistlichen); es fragt sich, ob diese Beschränkungen auf die Parteifähigkeit übergreifen. Die herrschende Lehre bejaht dies;[16]) jedermann sei insoweit parteifähig, als er rechtsfähig sei. Allein dieses Ergebnis ist nicht zu billigen. § 19 a. b. G. B. spricht jedem die Parteifähigkeit

---

Pisko I. S. 324 ff.; Wach, Handbuch I. S. 522 ff.; Hellwig S. 266—293; A. S. Schultze, Zur neuen dtsch. Z. P. O. (Grünhuts Zeitschr. XXVIII. S. 519 ff.) mit einer guten Übersicht der aufgestellten Theorien.

[10]) K. Adler, Gesellschaftsrecht S. 70 ff.; Staub-Pisko I. S. 323; Hellwig S. 267; a. M. Gaupp-Stein I. S. 134 auf Grund des neuen dtsch. H. G. B.

[11]) Die „anderen, nicht zu den physischen Personen gehörigen Rechtssubjekte" im § 75 J. N. beziehen sich nur auf die unmittelbar vorangehenden „Vereine", da man doch nicht annehmen kann, daß § 75 J. N. so nebenher die Fragen der Rechtspersönlichkeit regeln wollte.

[12]) Adler-Clemens Nr. 632, 976, 1740; Staub-Pisko I. S. 304; a. M. Adler-Clemens Nr. 1400, 1606.

[13]) A. M. Skedl I. S. 126 Anm. 4; Staub-Pisko I. S. 320, welche die Norm des § 11 E. O. nicht auf diese Rechtskraftwirkung des Gesellschaftsurteiles, sondern auf die in Art. 112 f., 150 H. G. B. normierte unbedingte Haftbarkeit der persönlich haftenden Gesellschafter zurückführen; aber Art. 112 H. G. B. gibt doch keinen Exekutionstitel, sondern nur einen Klagtitel.

[14]) Denn auch gesetzliche Vertreter dürfen als „Partei" vernommen werden; vergl. Staub-Pisko I. S. 325.

[15]) Sie fällt unter § 14 Z. P. O. Siehe auch Z. E. Nr. 382.

[16]) Wach I. S. 519; Skedl I. S. 139; Tilsch S. 41; Neumann, Komm. I. S. 114 f.; Eisler, Prozeßvoraussetzungen S. 18; wohl auch Demelius S. 167; Horten a. a. O. S. 560.

zu, der sich in seinem Rechte gekränkt erachtet; es muß also darnach eine Person, aber sie muß nicht fähig, sondern nur der Meinung sein, einen bestimmten Anspruch zu haben. Während § 1 Z. P. O. für die Prozeßfähigkeit ausdrücklich sagt, sie bestehe nur, insoweit die Verpflichtungsfähigkeit vorhanden sei, fehlt im § 19 a. b. G. B. diese Beschränkung. Wir sind umsoweniger berechtigt, sie als Recht anzunehmen, als das bürgerliche Gesetzbuch Fälle beschränkter Rechtsfähigkeit selbst kennt (siehe z. B. §§ 356, 538, 573 a. b. G. B.) und somit den Anlaß gehabt hätte, ihrer bei Textierung des § 19 a. b. G. B. zu gedenken.[17])

Somit steht die Parteifähigkeit allen Personen ohne Rücksicht auf Beschränkungen ihrer Rechtsfähigkeit zu. Dieses Ergebnis ist auch um seiner Praktikabilität willen zu billigen.

III. Einen Unterschied zwischen aktiver und passiver Parteifähigkeit kennt das österreichische Recht nicht; wer die eine hat, hat auch die andere.[18])

IV. Die Parteifähigkeit ist eine Prozeßvoraussetzung und als solche von Amts wegen wahrzunehmen. Fehlt es an ihr, so ist die Einleitung des Verfahrens abzulehnen,[19]) das eingeleitete mit Beschluß einzustellen,[20]) das wenn auch formell rechtskräftig beendete vom Prozeßgerichte (ohne Nichtigkeitsklage)[21]) zu kassieren,[22]) und zwar ohne Fristbeschränkung. Analog ist vorzugehen, wenn während des Verfahrens die Parteifähigkeit wegfällt. Diese im Gesetze nicht ausgesprochenen Sätze ergeben sich aus der Erwägung, daß nur der Schein eines Prozesses vorliegt, da es am Zweiparteienverhältnis fehlt; praktische Bedeutung gewinnen die entwickelten Sätze in jenen Fällen, in denen das (kassierte) Urteil eine erweiterte Rechtskraft genoß, die also Dritte ergriff und nun wegfällt.

Zum Versuch einer Behebung der Parteiunfähigkeit nach Art des § 6 Abs. 2 Z. P. O. fehlt dem Gerichte die gesetzliche Handhabe. Auch eine Heilung des Mangels im Prozesse und eine „Genehmigung" der Prozeßführung eines Parteiunfähigen hat nicht statt.[23])

§ 22. Der Parteibegriff.[1])

I. Die Frage, wer im einzelnen Prozesse — und Stadium des Prozesses — Partei sei (nicht zu verwechseln mit jener: wer aktiv und passiv

[17]) Siehe auch § 50 Abs. 2 dtsch. Z. P. O. (nicht rechtsfähige Vereine).

[18]) A. M. Horten in G. H. 1900 S. 560, weil § 19 a. b. G. B. nur vom Kläger spreche.

[19]) Gl. U. Nr. 13464, 13746; Eisler S. 18.

[20]) Gl. U. Nr. 11877; Skedl I. S. 141.

[21]) Sie ist unzulässig (wer sollte sie erheben?), nicht überflüssig; Skedl I. S. 141; a. M. Trutter S. 320. Für überflüssig erklärt sie Gaupp-Stein I. S. 138.

[22]) Auf die Entscheidung über die Parteifähigkeit ist ratione legis § 7 Abs. 2 Z. P. O. analog anzuwenden.

[23]) A. M. Gaupp-Stein I. S. 138.

[1]) Skedl I. S. 120 ff.; v. Canstein S. 71 ff.; Horten, Prozeßfähigkeit (in Gellers Ztbl. XIX. S. 865 ff.); aus der deutschen Literatur: Wach I. S. 518 ff.; Oetker im Jur. Literaturbl. 1890 S. 188 ff.; Stegemann in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XVII.; Petersen i. e. l. XVIII.; Bunsen i. e. l. XXVI.; Gaupp-Stein (5. Aufl.) I. S. 128 ff.; Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 35 ff.

„zur Sache legitimiert" sei), ist deshalb von Bedeutung, weil darnach beurteilt wird, wen im Prozesse Rechte und Pflichten der „Partei" treffen. Dennoch beantwortet sie das Gesetz sowenig, als sein Vorbild in diesem Punkte, die deutsche Zivilprozeßordnung. Darnach kann es nicht auffallen, wenn die Frage in Österreich ebenso streitig geworden ist, als sie es in Deutschland war. Um sie zur Lösung zu bringen, muß man die Rechte und Pflichten, welche das Gesetz an die Parteistellung knüpft, in zwei Gruppen sondern: in materiellrechtliche (Rechtskraft, Streithängigkeit, Prozeßkostenersatzpflicht, Entschädigungsrecht nach § 408 Z. P. O. u. s. f.) und in prozessuale (Antragsrecht, Fragerecht, Parteivernehmung, Editionspflicht u. s. f.); die zweite Gruppe ist um der ersten willen da, ist die sekundäre gegenüber dieser primären, weil der Prozeß kein Selbstzweck ist. Daraus folgt, daß für die Parteistellung nicht entscheidend ist, wer die sekundären Rechte und Pflichten hat, sondern nur, in wessen Person die materiellrechtlichen Wirkungen des Prozesses eintreten sollen. Von diesem Standpunkte aus ergibt sich folgendes Resultat:

Prozeßpartei ist jene Person, in deren Namen und für deren behaupteten Rechtsschutzanspruch gehandelt, und jene, wider die der Rechtsschutzanspruch erhoben wird. Es muß nicht jene Person sein, welche der Träger des Privatrechtsanspruches ist[2]) oder sein will, nicht jene, welche die privatrechtliche Leistung für sich fordert oder erfüllen soll (siehe negative Feststellungsklage, Art. XXVIII Einf. Ges. zur E. O.). Aber es kann nicht jene Person sein, welche im eigenen Namen einen fremden Rechtsschutzanspruch[3]) (z. B. als Kurator, Masseverwalter) oder in fremdem Namen ein eigenes rechtliches Interesse (z. B. als Nebenintervenient)[4]) geltend macht. Für den Nebenintervenienten behauptet ohnedies niemand nach geltendem Recht die Parteistellung.[5]) Wohl aber wird sie mehrfach jenen zugeschrieben, welche fremde Rechtsschutzansprüche (kraft eigenen Rechtes oder eigener Pflicht) im eigenen Namen geltend machen, so z. B. dem Kurator der Pfandbriefbesitzer nach dem Gesetze vom 24. April 1874 Nr. 48,[6]) dem Zwangsverwalter u. s. f. Allein bei dieser Auffassung wird nicht hinreichend beachtet, daß diesen Personen zwar die prozessualen Rechte und Pflichten einer Partei zustehen,[7])

[2]) Wie Ullmann S. 29 lehrt.

[3]) So Horten in G. Z. 1900 S. 559. Noch schärfer Oetker und Stegemann: Partei sei, qui ius in iudicium deducit, und contra quem ius in iudicium deducitur — ohne Rücksicht darauf, ob er auch Subjekt des Rechtsschutzanspruches ist oder zu sein behauptet; Oetker ähnlich Gaupp-Stein I. S. 129.

[4]) So für das frühere Recht v. Canstein, Lehrbuch I. S. 208; gegen ihn Skedl I. S. 120 Anm. 1. Jetzt definiert v. Canstein S. 71: Partei „ist die, für deren Rechnung der Prozeß geführt wird . . ."

[5]) Bei v. Schuster S. 82 liegt wohl nur eine undeutliche Formulierung vor.

[6]) Dieses Gesetz geht freilich von der hier bekämpften Theorie aus, wenn es den einzelnen — durch den Kurator vertretenen — Pfandbriefbesitzern (die nach der hier vertretenen Auffassung die Partei sind) das Recht der Nebenintervention zuspricht. Allein eine irrige Theorie des Gesetzes bindet nicht, sondern nur ein Gesetzesbefehl.

[7]) Nicht immer ausschließlich ihnen; wo das Gesetz der Partei das Recht des „Nebenintervenienten" zuspricht (siehe

daß aber die materiellrechtlichen Wirkungen des Prozesses, also jene, um deren willen er besteht, sich kraft des Gesetzes niemals in ihrer Person äußern. Das ist z. B. für die Rechtskraft des Urteiles ganz klar;[8]) ihre Wirkung fiele ja völlig ins Leere, wenn der Zwangsverwalter und nicht der Eigentümer der verwalteten Sache die Prozeßpartei wäre: der darnach durch die Rechtskraft gebundene Zwangsverwalter ist an ihr in keiner Weise rechtlich interessiert; der an ihr rechtlich interessierte Schuldner ist in keiner Weise an sie gebunden. Noch drastischer zeigt sich das Irrtümliche der bekämpften[9]) Ansicht an der Gegenüberstellung der §§ 41 und 49 Z. P. O.; nach der bekämpften Ansicht wäre der § 49 Z. P. O. für die gesetzlichen Vertreter überflüssig, da dann das Mündel ohnedies für die Kosten des vom Vormunde angestrengten Prozesses nicht zu haften hätte.

Man könnte noch daran denken, zur Erklärung der Situation, daß es Personen gibt, welche prozessualisch, aber nicht privatrechtlich „Parteien" sind, mit Wach neben dem materiellen einen formellen Parteibegriff aufzustellen. Allein es bedarf dieses, dem österreichischen Rechte fremden Parteibegriffes nicht,[10]) weil die Kategorie des gesetzlichen Vertreters ausreicht.

II. Als Konsequenzen der hier vertretenen Ansicht ergeben sich: der Gemeinschuldner in Konkursprozessen,[11]) der Gläubiger, welcher auf Grund der Forderungsüberweisung an Zahlungsstatt klagt (§ 316 E. O.), jeder Kommanditist einer Kommanditaktiengesellschaft in Prozessen gegen den Komplementar, jeder Pfandbriefbesitzer in Prozessen gegen die Pfandbriefanstalt (§ 3 des Ges. vom 24. April 1874 Nr. 48; § 1 des Ges. vom 24. April 1874 Nr. 49) sind Parteien des betreffenden Prozesses. Dagegen sind keine Prozeßparteien der Masseverwalter, Zwangsverwalter,[12]) Vormund, Kurator und jener Gläubiger, welcher auf Grund der Forderungsüberweisung zur Einziehung (§ 308 E. O.) den Prozeß führt.

III. Jeder Prozeß muß zwei voneinander verschiedene, individuell bestimmte[13]) Parteien haben; fehlt ihrer auch nur eine, so gibt es keinen Zivilprozeß. Er vermag nicht zu entstehen, wenn eine fehlt, und muß

Anm. 6), üben Partei und Vertreter diese Rechte aus.

[8]) Die Fälle erweiterter Rechtskraft gehören deshalb nicht hieher, weil bei ihnen die Rechtskraft immer auch die Prozeßpartei ergreift.

[9]) Sehr scharf bekämpft sie Hellwig, Rechtskraft S. 41.

[10]) Skedl I. S. 138, mit anderer Begründung.

[11]) R. Pollak, Konkursrecht S. 125 ff.; a. M. Skedl I. S. 367, welcher dem Gemeinschuldner nur das Recht der Nebenintervention und der Konkursmasse die Parteirolle zuspricht; welche Situation entstünde aber dann, wenn bei der Konkursaufhebung der Prozeß noch im Zuge ist?

[12]) R. Pollak, Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen S. 29 ff.; a. M. Pfaff-Schey Nr. 470, ohne sich in eine Begründung einzulassen; ganz unklar Kreis, Zwangsverwaltung (Jur. Bl. 1899 S. 148); zweifelhaft Neumann, E. O. S. 191 f.

[13]) Arg. §§ 75 Z. 1, 417 Z. 2 Z. P. O.; §§ 54 Z. 1, 63 Z. 1 E. O. Wo eine dem Namen nach nicht bekannte Personenmehrheit klagen oder geklagt werden darf, muß nebst der Bezeichnung des Grundes ihrer Zusammengehörigkeit (z. B. Inhaber der Teilschuldverschreibung) der Name ihres Vertreters hinzugefügt sein.

sofort enden, wenn eine (nicht bloß vorübergehend) wegfällt[14]) (arg. § 6 Z. P. O.; § 39 Z. 5 E. O.; siehe S. 89, 102 f.). Nur in einem Falle des Sicherungsanspruches (§ 385 Abs. 2 Z. P. O.) und in den Fällen beschränkter Prozeßfähigkeit einer Partei erleiden diese Sätze eine Ausnahme.[15]) Eine Person kann nämlich kraft positivrechtlicher Vorschriften bisweilen als prozeßfähige Person Partei gegen sich selbst als beschränkt prozeßfähige Person sein:[16]) z. B. der Gemeinschuldner kann gegen die „Konkursmasse" auf die Bezahlung seines Gehaltes klagen. Das Gesetz läßt diese Möglichkeit von Prozessen mit bloß einer Partei mit Rücksicht auf das praktische Bedürfnis und darauf zu, daß (und solange) solche Prozesse wegen der Trennung der beiden Vermögensmassen ein praktisches Ergebnis haben können. Sonst bleibt es bei der Regel, daß jeder Prozeß zwei voneinander verschiedene Parteien haben muß.

Die Parteien heißen: im Erkenntnisverfahren Kläger (der den Urteilsrechtsschutz fordert) und Beklagter (gegen den er gefordert wird); im Sicherungsverfahren gefährdete Partei und Gegner der gefährdeten Partei; im Exekutionsverfahren betreibender Gläubiger[17]) (der den Vollstreckungsrechtsschutz fordert) und Verpflichteter (auch „Gegner" genannt) (§§ 3, 4 Z. 6 E. O.).[18])

Die Parteiqualität wird durch die Erhebung der Klage, Stellung des Sicherungs- oder Exekutionsantrages begründet. Die Streithängigkeit spielt hiebei keine Rolle,[19]) ebensowenig die Sachlegitimation: ob jemand mit Recht klagt oder verklagt wird, ist für die Frage seiner Parteistellung unentscheidend.

§ 23. Die Beteiligten.

I. Weder das Erkenntnis- noch das Exekutionsverfahren beschränken ihre Wirkungen auf die Prozeßparteien, sondern beide berühren direkt oder indirekt auch noch dritte Personen. Insofern es sich hiebei um lediglich wirtschaftliche Wirkungen und Rückwirkungen handelt, bleiben die davon betroffenen Dritten von jeder Teilnahme am Prozesse ausgeschlossen. Anders aber steht die Sache, wenn nicht bloß wirtschaftliche, sondern auch rechtliche Interessen Dritter oder gar Rechte Dritter im Spiele sind; da erwächst der Gesetzgebung die Pflicht, diesen Dritten die Wahrung ihrer rechtlichen Interessen oder Rechte zu ermöglichen. Im wesentlichen handelt es sich hiebei um zwei Gruppen von Personen: a) um solche, welche von den Wirkungen einer ordnungsgemäßen[1]) Zwangsvollstreckung

[14]) Über den Fall der Universalsukzession siehe § 31 Ia.

[15]) Diese Ausnahme ist einer der Hauptangriffspunkte der Anhänger der Lehre von der Parteifähigkeit der subjektlosen Vermögensmassen.

[16]) Vergl. dagegen Hupka, Vollmacht S. 338.

[17]) Im § 31 Z. 3 Z. P. O. noch nach der früheren Terminologie „Exekutionsführer" genannt.

[18]) A. M. Horten in G. H. 1900, S. 559, der nur den Kläger und den Beklagten als Partei gelten läßt.

[19]) A. M. Horten a. a. O. mit unzulässiger Argumentation aus § 232 Z. P. O.; Skedl I. S. 128.

[1]) Zur Behebung der Wirkungen einer ordnungswidrigen Exekution auf das

unmittelbar in ihren Rechten betroffen werden (z. B. Pfandgläubiger des Exekutionsobjektes); hier fehlt es an jeder persönlichen Verbindung zwischen einer Prozeßpartei und dem Dritten; die Rückwirkung des Exekutionsverfahrens wird lediglich durch dessen Konkretisierung auf bestimmte Exekutionsobjekte bewirkt; b) um solche, welche am „Obsiegen" einer Prozeßpartei über die andere zur Vermeidung ihnen nachteiliger Rückwirkungen interessiert sind (z. B. Regreßpflichtige, Bürgen); hier bedarf es stets einer persönlichen Beziehung zu einer der Prozeßparteien.[2]) Die Personen der ersten Gruppe nennt das Gesetz technisch die Beteiligten (§§ 52, 73, 109 E. O.) und kennt sie nur im Exekutionsverfahren (siehe § 8); jene der zweiten Gruppe heißen Nebenintervenienten (§ 17 Z. P. O.). In Berücksichtigung dessen, daß Jener Rechte und Dieser Interessen durch den Prozeß anderer getroffen werden, gewährt das Gesetz Jenen das Recht einer selbständigen, Diesen das einer unselbständigen Teilnahme am Prozesse.

II. Den Kreis der Beteiligten[3]) zieht die Exekutionsordnung. Es sind folgende Personen: a) bei der Immobiliarversteigerung die Hypothekargläubiger; die Afterhypothekargläubiger; alle anderen Personen, für welche nach der Aktenlage auf der Liegenschaft oder auf den auf ihr haftenden Rechten[4]) dingliche Rechte und Lasten begründet (§§ 162, 171 E. O.) oder Vorkaufsrechte einverleibt sind (§ 171 E. O.); die öffentlichen Organe, welche zur Vorschreibung und Eintreibung der von der Liegenschaft zu entrichtenden Abgaben berufen sind (§ 172 Z. 1 E. O.), und die im § 172 Z. 2—4 genannten Aufsichtspersonen und -Behörden;[5]) der Ersteher des Exekutionsobjektes und sein Überbieter sowie der freihändig Übernehmende (§§ 195, 200 E. O.); b) bei der Zwangsverwaltung unbeweglicher Sachen der Staat (die Finanzprokuratur) und alle Personen, für welche nach der Aktenlage auf der Liegenschaft oder auf den an der Liegenschaft haftenden Rechten zu Geldleistungen[6]) verpflichtende Ansprüche begründet sind[7]) (§ 123 E. O.); c) bei beweglichen

---

Vermögen Dritter ist u. a. die Widerspruchsklage des § 37 E. O. gegeben. Vergl. Fellner-Ohmeyer Nr. 69, 70, 174, 176, 534, 568 (?), 578 (?).

[2]) Auch außer diesen Gruppen stehende „Beteiligte" gibt es noch, so z. B. den Drittbesitzer einer Urkunde (§ 308 Z. P. O.), den Dritteigentümer einer in Augenschein zu nehmenden Sache; allein sie haben in ihren Zwischenprozessen die volle Parteistellung.

[3]) Paupié, Lastenübernahme und Schätzungswert; die Lehre vom Beitritt (1901) S. 87 ff.; Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 160 ff.; Menestrina, l'accessione nell' esecuzione (1901) S. 10 ff.; aus der deutschen Literatur: Wolff, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (1899) S. 24 ff.; R. Schmidt S. 640.

[4]) Diese Worte fehlen im § 162 E. O.; siehe darüber vorläufig Petschek a. a. O. S. 163 ff.

[5]) Für den Staat, insoweit ihnen keine Persönlichkeit zukommt.

[6]) Hieher gehören also nicht die Servitutsberechtigten und intabulierten Bestandnehmer.

[7]) Bei der Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen gibt es keine Beteiligten; R. Pollak, Zwangsverwaltung S. 56. Die Bediensteten sind es trotz § 120 Z. 3 E. O. bei keiner Zwangsverwaltung; arg. § 123 E. O.; siehe auch § 47 des Ges. vom 19. Mai 1874 Nr. 70 (Art. XIII Z. 1 Einf. Ges.

körperlichen Sachen der Ersteher (§ 278 E. O.), der freihändig Übernehmende (§ 271 E. O.), Dritte, welche ein Pfand- und Vorzugsrecht am Exekutionsobjekte haben (§ 258 E. O.). Andere als die Genannten sind keine Beteiligten im gesetzlichen Sinne, so z. B. nicht der Verwalter, der Einziehungskurator (§ 315 E. O.), der Drittschuldner (§ 301 E. O.).

Die Beteiligten müssen parteifähig sein. Dagegen machen sie im Gegensatze zu den betreibenden Gläubigern keinen Vollstreckungsanspruch in jenem Exekutionsverfahren geltend, an welchem sie im Sinne des Gesetzes beteiligt sind (siehe § 8); und im Gegensatze zum Verpflichteten wird wider sie kein Vollstreckungsanspruch ausgeübt. Daraus folgt die Unvereinbarkeit der Rechtsstellung eines Beteiligten mit der Parteistellung: niemand darf in demselben Exekutionsverfahren Beteiligter und betreibender Gläubiger oder Verpflichteter sein. Dafür ist die Rechtsstellung der Beteiligten folgendermaßen präzisiert: ihnen steht ein Rechtsschutzanspruch auf die Beteiligung am Exekutionsverfahren zu, und überdies[8]) hat das Gericht ihre Privatrechtsansprüche von Amts wegen zu berücksichtigen, insoweit sie aus den Akten ersichtlich sind (§§ 171, 210, 285, 315 E. O.).

§ 24. Der Nebenintervenient.[1])

I. Nebenintervention ist die Teilnahme an einem Prozesse kraft des eigenen Prozeßrechtes, jedoch ohne eigenen Rechtsschutzanspruch, an der Seite einer Prozeßpartei (§ 17 Z. P. O.). Der Nebenintervenient ist wegen des Mangels eines eigenen Rechtsschutzanspruches keine Prozeßpartei[2]) und wird darum als Nebenintervenient (§ 20 Z. P. O.) nicht von den materiellrechtlichen Wirkungen des Prozesses betroffen,[3]) wenn ihm auch die prozessualen Rechte und Pflichten einer Prozeßpartei in der Regel zum Teile (§ 19 Z. P. O.), ausnahmsweise sogar völlig zustehen (§ 20 Z. P. O.). Er ist aber auch nicht der Vertreter der Prozeßpartei (wie A. S. Schultze und Kisch lehren), da er nicht nur kraft eigenen Rechtes, sondern auch im eigenen Namen handelt, und da zwar nicht die einzelnen Prozeßhandlungen des Nebenintervenienten, wohl aber die ganze Nebenintervention um ihrer Wirkungen für den Nebenintervenienten willen gesetzt wird. Auch eine Nebenpartei ist der Nebenintervenient nicht (wie v. Canstein und Francke lehren), wenn man in diesem Begriffe mehr erblicken will als die Negation der (Haupt-) Parteistellung; denn für ein plus fehlt die gesetzliche Grundlage. Er ist endlich

zur E. O.). A. M. wohl Menestrina, l'accessione S. 19 Anm. 2.

[8]) Nicht ausschließend, wie Petschek a. a. O. anzunehmen scheint, sondern konkurrierend; arg. §§ 210, 285 E. O.

[1]) Skedl I. S. 358 ff.; Trutter S. 102 ff.; Ott, Haupt- und Nebenintervention (G. Z. 1897 S. 329 ff.); für das frühere Recht Eckstein, Die Nebenintervention, woselbst die damalige Literatur; für das deutsche Recht Kisch, Begriff des Nebenintervenienten (Grünhuts Zeitschr. XXVI. S. 315 ff.), woselbst die deutsche Literatur.

[2]) A. M. Z. E. Nr. 86.

[3]) Der ausdrücklich dem Nebenintervenienten im § 41 Z. P. O. zugestandene Kostenersatzanspruch spricht natürlich nicht dagegen.

im geltenden Rechte auch kein Streitgehilfe (Theorie Wach, Weismann, Eckstein), weil er weder helfen will noch soll und auch für die säumige Partei handeln darf; er ist vielmehr ein Kontrollorgan, welches zu eigenen Zwecken die Prozeßführung der Partei überwacht und ergänzt.

Für seine Stellung hat sich nämlich im Laufe der Zeit die Grundlage verschoben. Nach dem Rechte der allgemeinen Gerichtsordnung war es ein Recht der Partei, diese Nebenintervention zu begehren (§§ 58 ff. a. G. O.); ein Recht zur Nebenintervention gab es dagegen, abweichend vom gemeinen Rechte, nicht. Erst das bürgerliche Gesetzbuch schuf ein solches, und zwar nur für den Staat in den (zum Verfahren außer Streitsachen gehörenden) Eheprozessen (§ 115 a. b. G. B.). Nach der Zivilprozeßordnung ist die Situation gerade umgekehrt, als sie es nach der allgemeinen Gerichtsordnung war: die Nebenintervention ist nur mehr im Interesse des Nebenintervenienten und zu seinen Zwecken gegeben,[4]) darum nur mehr sein Recht (§ 17 Z. P. O.), und konsequenterweise darf sich wohl der Nebenintervenient wider die Prozeßpartei die Zulassung zur Nebenintervention erzwingen (§§ 18, 21 Z. P. O.), nicht aber die Prozeßpartei den Eintritt des Nebenintervenienten (arg. §§ 18, 21 Z. P. O.). Hat eine Prozeßpartei materiellrechtlich gegen eine Person einen Anspruch auf „Leistung der Vertretung" (= Nebenintervention), wie im Falle des § 931 a. b. G. B. (siehe Art. XXXI Einf. Ges. zur Z. P. O.), so darf sie dieselbe wohl zur Nebenintervention auffordern; aber sie vermag dieselbe prozeßrechtlich nicht zu erzwingen (§ 21 Z. P. O.),[5]) sondern muß sich mit privatrechtlichen Wirkungen gegen den ungehorsamen Aufgeforderten begnügen.

Mit dieser grundsätzlich vom früheren Rechte abweichenden Regelung hat die Zivilprozeßordnung dem neuen Beweissysteme Rechnung getragen, das ihr gegenüber der allgemeinen Gerichtsordnung zugrunde liegt. Diese hatte die gesetzliche Beweistheorie, nach welcher es in der Regel zweier Zeugen oder eines Parteieneides zum Nachweise einer nicht urkundlich nachweisbaren Behauptung bedurfte; der Nebenintervenient, welcher Parteieide schwören durfte, erleichterte dadurch der Prozeßpartei somit die Beweisführung erheblich. Er half ihr also (darum: helfende Intervention). Bei dem Systeme der freien Beweiswürdigung bedarf die Prozeßpartei dieser Hilfe nicht mehr: der Zeuge ist an sich der Partei als Beweismittel mindestens gleichwertig; da nun die Nebenintervention den Nebenintervenienten empfindlich belastet — wie jeder Prozeß die Prozeßpartei — konnte die Zivilprozeßordnung die helfende Nebenintervention wie die prozessuale Pflicht zu derselben fallen lassen. Dagegen griff sie einen Gedanken auf, der nach der Erlassung der allgemeinen Gerichtsordnung immer energischer um Anerkennung kämpfte: jenen der kontrollierenden Nebenintervention: der Nebenintervenient soll die

---

[4]) A. M. Neumann, Komm. I. S. 155; vermittelnd Skedl I. S. 359.

[5]) Über Streitverkündigung Skedl I. S. 404 ff.; Kirschbaum, Die Streitverkündigung nach § 21 Z. P. O. (G. H. 1902 Nr. 49 ff.).

ordnungs- und sachgemäße Prozeßführung der Prozeßpartei überwachen, Kollusionen und Fehler derselben hintanhalten können, dies darum, weil er am Siege gerade dieser Prozeßpartei rechtlich interessiert ist. Ganz sekundär steht daneben die Hilfe, welche der Nebenintervenient der Prozeßpartei durch seine Tätigkeit bringt; § 19 Z. P. O. ist nur eine Konsequenz des entwickelten, im § 17 Z. P. O. kodifizierten Grundsatzes der kontrollierenden Intervention, darum der Nebenintervenient auch kein Gehilfe der Prozeßpartei.[6])

II. Die Voraussetzungen.

a) Der Intervenient muß parteifähig sein und ein rechtliches Interesse am Siege einer der beiden Prozeßparteien haben. Von Gesetzes wegen ist ein solches stets, aber auch nur[7]) im Falle des § 310 E. O. vorhanden;[8]) denn in den allgemein[9]) und auch vom Gesetze als Nebenintervention bezeichneten Fällen der Art. 194, 195, 226 H. G. B., § 25 des Ges. vom 9. April 1873 Nr. 70 und § 9 des Ges. vom 24. April 1874 Nr. 49 findet überhaupt keine Nebenintervention statt, weil die hier sogenannten Nebenintervenienten (die Kommanditisten, Aktionäre, Genossenschafter, Pfandbriefbesitzer) Prozeßparteien sind.

In ihrer Bezeichnung als Nebenintervenienten liegt eine irrige Theorie des Gesetzgebers, die als solche nicht bindet. Ihr Ergebnis ist freilich der bindende Gesetzesbefehl, diese Personen als (also: gleich) Nebenintervenienten zu behandeln; aber dieser Befehl ist nach § 20 Z. P. O. leicht zu befolgen. Hier dagegen scheiden diese Fälle aus.

Von der genannten Ausnahme (§ 310 E. O.) abgesehen, verlangt das Gesetz ein rechtliches Interesse in concreto[10]) (§ 17 Abs. 1, § 18 Abs. 1 Z. P. O.). Es reicht also einerseits ein wirtschaftliches Interesse nicht aus, wie es etwa Gläubiger am Siege ihres Schuldners gegen einen Dritten, Mitglieder eines Vereines an seinem Obsiegen gegen einen Dritten, die Mutter am Siege ihres außerehelichen Kindes im Alimentationsprozesse gegen dessen Vater[11]) haben.[12]) Andererseits sind jene Fälle auszuscheiden, in denen mehr als ein rechtliches Interesse,

[6]) Skedl I. S. 359; a. M. die herrschende Lehre.

[7]) Der defensor matrimonii nach § 115 a. b. G. B. kann nach geltendem Rechte — abgesehen davon, daß die Eheprozesse, in denen er vorkommt, keine Zivilprozesse sind — nicht als Nebenintervenient betrachtet werden, weil er nur an der richtigen Erledigung des Prozesses, aber nicht am Siege einer Partei interessiert ist. Für das frühere Recht a. M. Eckstein S. 182 ff.

[8]) § 17 Abs. 2 Z. P. O. ist also genau genommen schon im § 17 Abs. 1 Z. P. O. inbegriffen; Skedl I. S. 366 Anm. 24; Neumann, Komm. I. S. 156 f.; a. M. Ott S. 332; Trutter S. 106; Demelius S. 185 f., der aber nur an die Fälle zu denken scheint, in denen der „Nebenintervenient" Prozeßpartei ist, daher mehr als ein rechtliches Interesse am Prozeßausgange hat und darum allerdings nicht unter den § 17 Abs. 1 Z. P. O. fällt.

[9]) Vergl. die Literatur bei Skedl I. S. 365 ff.

[10]) Zunächst dessen individualisierte Behauptung (§ 18 Z. P. O.), erst im Streitfalle mehr.

[11]) A. M. Paupié, Die Kindesmutter im Paternitätsprozesse (G. H. 1901 S. 355 ff.).

[12]) Überzeugend Wach I. S. 625.

nämlich ein selbständiger Rechtsschutzanspruch in diesem Prozesse vorliegt; denn da ist kein Interesse am Siege des anderen (§ 17 Z. P. O.), sondern am eigenen Siege vorhanden; ein solcher Fall liegt z. B. bei den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft[13]) oder bei den Aktivprozessen eines Gemeinschuldners (mit Ausnahme der Anfechtungsprozesse[14]) vor. Innerhalb dieser Grenzen liegt das rechtliche Interesse am Siege einer Prozeßpartei, welches also dann vorhanden ist, wenn zwischen dem Urteile und der Rechtssphäre des Nebenintervenienten ein rechtlicher Zusammenhang besteht. Ein solcher ist vorhanden: α) in den Fällen erweiterter, also ex lege nicht auf die Parteien beschränkter Rechtskraft des Urteiles (siehe z. B. §§ 232, 310 E. O., §§ 136, 242 K. O., Art. XXVIII Einf. Ges. zur E. O.); β) in jenen Fällen, in denen der Tatbestand eines Urteiles den Nebenintervenienten rechtlich benachteiligende Momente enthalten kann (z. B. bei vorgenommener Streitverkündigung oder bei Anfechtungsprozessen für den Gemeinschuldner); γ) in den Fällen der erweiterten Vollstreckbarkeit des Urteiles (siehe § 568 Z. P. O.; §§ 9, 88 E. O.).

b) Das rechtliche Interesse muß ein gegenwärtiges und ein solches des Nebenintervenienten sein (§ 17 Z. P. O.), dagegen nicht gerade ein privatrechtliches.

c) Die Nebenintervention muß rechtzeitig geschehen. Als den spätesten Zeitpunkt hiefür normiert § 18 Z. P. O. den Moment vor „rechtskräftiger Entscheidung" des Rechtsstreites, also vor Schluß des Erkenntnisverfahrens,[15]) eine Begrenzung, die nicht zweckmäßig ist,[16]) weil sich bisweilen gerade im Exekutionsverfahren die Notwendigkeit der Kontrolle erst ergeben kann.[17]) Ein frühester Zeitpunkt ist nicht normiert; die Intervention darf daher schon bei einer Beweissicherung,[18]) ferner im Erkenntnisverfahren auf der klägerischen Seite mit der Klage,[19]) auf Seite des Beklagten von der Klagzustellung an erfolgen.[20])

III. Beitritt des Nebenintervenienten. Nach der Struktur der

---

[13]) Kirschbaum in G. H. 1898 S. 156; a. M. Skedl I. S. 365; Staub-Pisko I. S. 325, der übersieht, daß mehr als „das im Gesetze geforderte rechtliche Interesse" hier vorliegt; Horten, Prozeßfähigkeit (in Gellers Ztbl. XIX. S. 966), der den § 11 E. O. nicht hinreichend würdigt.

[14]) Bei diesen kann der Gemeinschuldner also als Nebenintervenient (unter Umständen) auftreten; a. M. früher R. Pollak, Konkursrecht S. 125.

[15]) Das Mahnverfahren bietet keinen Raum für eine Nebenintervention, weil es kein Erkenntnisverfahren hat; anders der sich daranschließende Zivilprozeß (§ 19 Mahnverf.).

[16]) Namentlich nicht für die (wenn auch unrichtigerweise) kraft Gesetzesbefehles nach § 20 Z. P. O. zu behandelnden Fälle der Art. 194, 195, 226 H. G. B., § 25 Gen. Ges., § 9 des Ges. vom 24. April 1874 Nr. 49.

[17]) Der etwaige Zwischenstreit nach § 18 Abs. 2 Z. P. O. ließe sich auch in das Exekutionsverfahren einschieben.

[18]) Pfaff-Schey Nr. 1067.

[19]) A. M. Skedl I. S. 371 (erst von der Streithängigkeit an).

[20]) Skedl I. S. 378 und Ullmann S. 53 stellen für ausländische klägerische Nebenintervenienten als weiteres Erfordernis die Bestellung einer Kostenkaution auf; allein der Nebenintervenient ist kein „Kläger" (§ 57 Z. P. O.).

Nebenintervention ist es vom Standpunkte des Gerichtes aus gleichgültig, ob die Nebenintervention stattfindet oder nicht. Darum ist jedermann zur Nebenintervention zunächst zuzulassen, der unter der Individualisierung seines Interventionsanspruches seine Nebenintervention zu einer bestimmten Prozeßpartei rechtzeitig anmeldet (§ 18 Z. P. O.); die Anmeldung hat nicht in der mündlichen Verhandlung,[21]) sondern schriftlich an das Gericht und beide Prozeßparteien zu geschehen (§§ 18, 434 Z. P. O.). Insolange keine der Prozeßparteien der Zulassung widerspricht, bleibt es bei derselben[22]) (arg. § 18 Abs. 2 Z. P. O.); das Gericht prüft also nur, ob der geltend gemachte Interventionsgrund unter § 17 Z. P. O. fällt, nicht auch, ob er besteht. Erhebt aber — wann immer vor Schluß des Erkenntnisverfahrens — eine der Prozeßparteien oder erheben beide diesen Widerspruch, so beseitigt dieser zwar die Nebenintervention nicht, aber es findet ein Zwischenstreit über die Zulassung des Nebenintervenienten statt, in welchem dieser wie ein Kläger seinen Interventionsanspruch zu beweisen hat, und in welchem nach mündlicher Verhandlung mit Beschluß darüber zu entscheiden ist.[23]) Lautet der Beschluß auf die Zulassung der Nebenintervention, so ist er nicht abgesondert anfechtbar. Lautet er auf ihre Nichtzulassung, so ist er sofort anfechtbar und schließt den Nebenintervenienten erst aus, bis er rechtskräftig ist (§ 18 Z. P. O.); diese Regelung beruht auf der Erwägung, daß anderenfalls die Kontrolle des Nebenintervenienten leicht verhindert werden könnte.

IV. Wirkung. Die Wirkung der Nebenintervention ergibt sich aus ihrem Kontrollzwecke: der Intervenient muß „dem Hauptverfahren zugezogen werden" (§ 18 Z. P. O.), das heißt: er ist von allen gerichtlichen Entscheidungen und Verfügungen sowohl im Erkenntnis- als im Sicherungs- und Exekutionsverfahren in Kenntnis zu setzen und hat das Recht nicht nur der Akteneinsicht ohne den Nachweis eines konkreten Interesses,[24]) sondern auch der passiven Assistenz bei allen Prozeßhandlungen einer der Prozeßparteien, also insbesondere bei mündlichen Verhandlungen. Allein das Gesetz beschränkt ihn mit gutem Grunde nicht auf diese passive Rolle, sondern berechtigt ihn auch zur Vornahme aller Prozeßhandlungen (mit Ausnahme der Klage selbst und sinngemäß des Antrages auf Beweissicherung vor dem Prozesse), welche die Prozeßpartei vornehmen darf, an deren Seite er interveniert (§ 19 Z. P. O.). Freilich ist die Formulierung des § 19 Z. P. O. („... zur Unterstützung derjenigen Prozeßpartei ...") zweifelhaft; doch liegt in ihr — im Widerspiel zu dem in entgegengesetzter Richtung undeutlich formulierten § 64 (alte Zählung)

[21]) Läßt sie das Gericht zu, so begeht es also einen Formfehler (a. M. Skedl I. S. 377), auf dessen Rüge die Parteien freilich verzichten dürfen (§ 196 Z. P. O.).

[22]) Da gibt es also keinen Zwischenstreit; a. M. v. Fürstl II. S. 38.

[23]) Auch über die Kosten dieses Zwischenstreites; arg. § 52 Z. P. O. Hinsichtlich dieses Teiles der Entscheidung ist in jedem Falle der abgesonderte Rekurs zulässig; arg. § 514 und e contr. § 18 Abs. 4 Z. P. O.

[24]) Arg. § 19 Abs. 1 Z. P. O. („alle sonstigen Prozeßhandlungen"); vom § 219 Z. P. O. findet darum der erste und nicht der zweite Absatz auf den Nebenintervenienten Anwendung.

der deutschen Zivilprozeßordnung — nach der Gesamtanlage des Gesetzes nur ein unvorsichtiger Ausdruck des Gedankens, daß die Prozeßhandlungen „auf Seiten" jener Prozeßpartei vorgenommen sein müssen, der intervéniert wird; das Gericht müßte ja bei anderer, nämlich wörtlicher Auslegung des § 19 Z. P. O. jede einzelne Handlung des Nebenintervenienten dahin prüfen, ob sie „zur Unterstützung" der Partei diene. Nach dem hier angenommenen Sinne dieses Paragraphen hat das Gericht dagegen ohne eine Prüfung der Zweckmäßigkeit einer solchen Handlung sie entgegenzunehmen und ihr die Wirkung einer Parteiprozeßhandlung beizumessen: es ist so, als ob die Partei diese von ihrem Nebenintervenienten vorgenommene Prozeßhandlung selbst gesetzt hätte. So darf denn z. B. der Nebenintervenient statt der säumigen und neben der tätigen Prozeßpartei verhandeln, Rechtsmittel einlegen, Tatsachen zugestehen, die Klage zurücknehmen,[25]) Exekution beantragen, Vergleiche abschließen (siehe § 34 Z. P. O.); er darf auch die Nichtigkeits- und die Wiederaufnahmsklage erheben,[26]) da hier der Form nach zwar Klagen, der Sache nach aber Rechtsmittel (vergl. § 31 Z. 1 Z. P. O.) vorliegen, somit „Angriffs- und Verteidigungsmittel" (§ 19 Z. P. O.). Freilich müssen all das Handlungen sein, die auch die Partei vornehmen könnte, also z. B. nicht Einreden aus der Person des Nebenintervenienten.

Mit dieser Normierung ist dem Interventionszwecke nach allen Richtungen entsprochen; darum beschränkt sich das Gesetz auf sie und legt dem Nebenintervenienten wie keine prozessuale Pflicht zur Intervention, so auch keine prozessuale Handlungspflicht im Prozesse auf (§ 19 Z. P. O.: „. . . . Er ist berechtigt . . . ."); er darf sich darum auch ganz untätig verhalten; freilich hat das für ihn möglicherweise dann privatrechtliche Nachteile zur Folge. Ganz konsequent ist es auch, daß das Gesetz die materiellrechtlichen Wirkungen des Prozesses nicht auf den Nebenintervenienten ausdehnt; nirgends ist bestimmt, daß ihn die Streithängigkeit, Rechtskraft,[27]) die Kostenersatzpflicht der Partei oder die Entschädigungspflicht des § 408 Z. P. O. treffen, und es bedürfte einer solchen Norm, um die Ausdehnung dieser für die Parteien berechneten Prozeßwirkungen auf den Nebenintervenienten herbeizuführen. Hievon besteht kraft ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes eine Ausnahme dahin, daß dem Nebenintervenienten, dessen Prozeßpartei gesiegt hat, von deren Prozeßgegner seine Prozeßkosten zu ersetzen sind (§ 41 Z. P. O.; siehe S. 83); eine ausdehnende Interpretation dieser Ausnahmsvorschrift auf den Neben-

---

[25]) A. M. Kisch a. a. O. S. 339 aus dem Gesichtswinkel, daß der Nebenintervenient nur tun dürfe, was den Sieg der Prozeßpartei bezwecke.

[26]) v. Canstein S. 221; a. M. Mandyczewski in Grünhuts Zeitschr. XXIV. S. 665.

[27]) A. M. Nosek, Rechtswirkungen des Urteiles gegen dritte Personen (G. Z. 1899 S. 210); wohl auch Kerschbaum, Die Nebenintervention der Legatare (G. H. 1900 S. 269). Über den Zusammenhang zwischen Rechtskraft und Nebenintervention siehe Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft S. 369 ff.

intervenienten, dessen Prozeßpartei unterlegen ist, ist unzulässig,[28]) weil es sich im § 41 Z. P. O. um eine dem sonstigen gesetzlichen Grundgedanken zuwiderlaufende Norm, daher nicht um ein nur für einen einzelnen Fall laut gewordenes Prinzip des Gesetzes handelt.[29])

Mit alledem ist dem Nebenintervenienten sein Recht geworden. Allein hiebei ist die Prozeßpartei unberücksichtigt geblieben, welcher zwar niemals die passive Assistenz, wohl aber die Handlungen des Nebenintervenienten nachteilig sein können; muß sie doch z. B. die dem Prozeßgegner durch dieselben verursachten Prozeßkosten tragen, falls sie unterliegt. Das Gesetz schützt die Prozeßpartei zunächst gegen leichtfertige Nebeninterventionen und eine leichtfertige Prozeßtätigkeit des Nebenintervenienten dadurch, daß es diesem in keinem Falle einen prozessualen Kostenersatzanspruch gegen *seine* Prozeßpartei gibt; der Nebenintervenient muß diese Kosten darum im Falle des Unterliegens seiner Prozeßpartei aus eigenem tragen (arg. § 41 Z. P. O.). Darüber hinaus aber unterscheidet die Zivilprozeßordnung zwei Gruppen von Nebenintervenienten: solche, welche von der Rechtskraft des Urteiles nicht getroffen, und solche, welche von ihr erfaßt werden.[30]) In keinem der Fälle freilich trifft die Rechtskraft jemanden, *weil* er ein Nebenintervenient ist, sondern ohne Rücksicht darauf, ob er interveniert oder nicht; allein das Gesetz nimmt mit Fug bei der Gestaltung der Rechte zwischen dem Nebenintervenienten und seiner Prozeßpartei darauf Bedacht, ob eine Ausdehnung der Rechtskraft stattfindet oder nicht.

In den normalen Fällen, in jenen also, in welchen das Urteil weder für noch wider den Nebenintervenienten die Rechtskraft erlangt,[31]) stehen seine Prozeßhandlungen hinter jenen der Prozeßpartei zurück. Diese vermag durch widersprechende Prozeßhandlungen[32]) (und zwar sowohl durch Willens- als auch durch Wissenserklärungen) jene des Nebenintervenienten unwirksam zu machen (§ 19 Z. P. O.); doch ist hiebei im wesentlichen an Willenserklärungen zu denken, da die Wissenserklärungen des Nebenintervenienten gemäß § 272 Z. P. O. der richterlichen Beweiswürdigung unterliegen.[33]) Mit Rücksicht auf diese rechtliche Situation ist zwar der Nebenintervenient von Tagsatzungsanordnungen und Fristbestimmungen zu verständigen (arg.: „zugezogen" § 18 Z. P. O.); allein die Anordnung erfolgt nur für die Partei und nur mit Rücksicht auf diese;[34]) aus dem-

---

[28]) Neumann, Komm. I. S. 164 f.; v. Fürstl I. S. 81; Fragenbeantwortung S. 22; a. M. Skedl I. S. 395; Walker, Streitfragen S. 70; Katz, Das Urteil S. 116.

[29]) Aus demselben Grunde verbietet sich die Anwendung des § 49 Z. P. O. auf den Nebenintervenienten.

[30]) § 20 Z. P. O. spricht undeutlich davon, das Urteil müsse für den Nebenintervenienten „rechtlich wirksam" sein; die Vergleichung mit der Textierung der §§ 232, 310 E. O., 242 K. O. ergibt das Resultat des Textes; unklar v. Fürstl I. S. 43.

[31]) Es ist ihm daher auch nicht zuzustellen; a. M. Z. E. Nr. 86.

[32]) Also nicht, wenn sie säumig ist.

[33]) Wohl aber vermag die Partei Geständnisse des Nebenintervenienten durch ihren Widerruf um die Wirkung des § 266 Abs. 1 Z. P. O. zu bringen.

[34]) A. M. Skedl I. S. 393.

selben Grunde muß der Nebenintervenient den Prozeß in jener Situation annehmen, in welcher er sich zur Zeit seines Beitrittes befindet (§ 19 Z. P. O.).

In den anormalen Fällen, in denen der Nebenintervenient von der Rechtskraft des Urteiles sei es kraft der Beschaffenheit des streitigen Anspruches, sei es kraft gesetzlicher Vorschrift erfaßt wird, muß er zwar auch die prozessuale Situation annehmen, die er bei seinem Beitritte vorfindet. Allein von seinem Beitritte an kommen ihm im Prozesse die prozessualen Rechte und Pflichten des Streitgenossen einer einheitlichen Streitpartei zu[35]) (§ 20 Z. P. O.). Es muß darum jede Diskrepanz zwischen seinen und den Prozeßhandlungen der Prozeßpartei behoben werden, sonst heben sie einander auf; jene des Nebenintervenienten stehen hier denen der Prozeßpartei nicht nach (siehe unten § 32 III). Aber auch in diesen Fällen wird der Nebenintervenient nicht zur Prozeßpartei,[36]) sondern erhält nur „die Stellung eines Streitgenossen" (§ 20 Z. P. O.). Das hat die wichtige Folge, daß auch diese Art der Nebenintervention den Intervenienten nicht den materiellrechtlichen Wirkungen des Prozesses unterzieht; nur die Rechtskraft des Urteiles trifft ihn, weil sie ihn ohne Rücksicht auf die Nebenintervention erfaßt; dagegen kann er z. B. die Zwangsvollstreckung nicht im eigenen Namen betreiben.

V. Anhang. Mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung beider Prozeßparteien darf der Nebenintervenient jener Prozeßpartei sukzedieren, an deren Seite er interveniert hat (§ 19 Z. P. O.; siehe § 31 Ic).

§ 25. Die Prozeßfähigkeit.[1])

I. Im Privatrechte steht neben der Rechtsfähigkeit die Handlungsfähigkeit, im Prozeßrechte neben der Partei- die Prozeßfähigkeit. Das Gesetz definiert sie als die Fähigkeit, selbständig vor Gericht[2]) als Partei zu handeln (§ 1 Z. P. O.), eine Definition, die zu weit ist (siehe unten), aber den Gedanken klar zum Ausdrucke bringt, daß es sich hier um die prozessuale Handlungsfähigkeit handle. Damit ist denn das Problem bezeichnet, welches das Gesetz zu lösen hat: die Absteckung des Kreises jener Personen, welche selbständig vor Gericht als Partei handeln dürfen. Daß er enger sein muß als jener der Parteifähigen, bedarf ebensowenig einer Begründung als die gleiche Erscheinung bei den zivilistisch Handlungsfähigen und den Rechtsfähigen. Dagegen liegt die Schwierigkeit des Problems in dem Verhältnisse der prozessualen zur zivilistischen Handlungsfähigkeit; es fragt sich nämlich, ob man jedem die Fähigkeit des selbständigen

[35]) Ein solcher Nebenintervenient ist darum nicht als Zeuge, sondern als Partei zu vernehmen.

[36]) Skedl I. S. 392 f.; Neumann, Komm. I. S. 165; a. M. Demelius S. 188; v. Fürstl I. S. 44. Zweifelhaft Nosek a. a. O. S. 241.

[1]) Skedl I. S. 142 ff.; v. Canstein S. 71 ff.; Ullmann S. 30; Tilsch S. 36 ff.; die Kommentare ad § 1 Z. P. O.; Horten in G. H. 1900 S. 561 f., in Gellers Ztbl. XIX. S. 865 ff., 961 ff.

[2]) „Vor Gericht handeln" umfaßt alles prozessuale Handeln; Skedl I. S. 142 Anm. 1.

Handelns vor Gericht zugestehen soll, der zivilistisch handlungsfähig ist — obwohl dieses selbständige Handeln vor Gericht viel komplizierter ist als jenes außerhalb desselben.

Das Gesetz kennt nun zwei grundsätzliche rechtliche Beschränkungen der Fähigkeit, selbständig vor Gericht als Partei zu handeln; die eine gestattet der Partei weder in Person noch durch einen von ihr oder von ihr allein Bevollmächtigten zu handeln (Prozeßunfähigkeit), die zweite gestattet ihr zwar nicht selbständig, wohl aber durch einen allein gewählten Bevollmächtigten zu handeln (Postulationsunfähigkeit). Unter die gesetzliche Definition des § 1 Z. P. O. fallen freilich sowohl die Prozeß- als auch die Postulationsfähigkeit;[3]) beide hießen darnach „Prozeßfähigkeit". Allein damit würde dieser Begriff seine systematische Brauchbarkeit völlig verlieren, namentlich deshalb, weil die Voraussetzungen und die Wirkungen der Prozeß- und jene der Postulationsfähigkeit im wesentlichen voneinander verschieden sind: die Prozeßunfähigkeit beruht auf typischen persönlichen Gründen und gibt der betroffenen Partei nicht einmal die Bestellung eines Bevollmächtigten frei; die Postulationsunfähigkeit beruht auf typischen sachlichen (der Art des Prozesses entnommenen) oder auf individuellen persönlichen Gründen (§ 275 a. b. G. B.; § 185 Z. P. O.) und gewährt dem Betroffenen die Bestellung eines Bevollmächtigten.

Der folgenden Darstellung liegt deshalb ein engerer Begriff der Prozeßfähigkeit zugrunde als jener des § 1 Z. P. O. ist; sie ist die Fähigkeit, selbst oder durch freigewählte Bevollmächtigte vor Gericht als Partei, Nebenintervenient oder Beteiligter zu handeln.[4])

II. Das Zivilprozeßrecht ist in der Absteckung des Kreises der Prozeßfähigen vom Privatrechte ganz unabhängig; die Prozeßfähigkeit ist ein Begriff lediglich des Prozeßrechtes.[5]) Allein ein gewisser Zusammenhang mit dem Privatrechte bleibt doch bestehen. Ihm trägt § 1 Z. P. O. dadurch Rechnung, daß er sagt: jedermann sei insoweit prozeßfähig, als er selbständig giltige Verpflichtungen — durch Rechtsgeschäfte[6]) — eingehen könne;[7]) darnach decken einander grundsätzlich die Prozeßfähigkeit und die zivilistische rechtsgeschäftliche Verpflichtungsfähigkeit:[8]) insoweit jemand die eine hat, besitzt er die andere; wer die unbeschränkte rechtsgeschäftliche Verpflichtungsfähigkeit hat, ist denn auch unbeschränkt prozeß-

[3]) Daß es sich nur um eine ungenaue Fassung des Gesetzes handelt, ergibt der Nachsatz. Mit der Fassung des Gesetzes kämpft Demelius S. 167.

[4]) Skedl I. S. 142 f.; Ullmann S. 30; zu weit Neumann, Komm. I. S. 30.

[5]) A. M. Eisler S. 19; Walker, Streitfragen S. 43.

[6]) Nicht bloß durch Verträge; Tilsch S 36; a. M. Horten in G. H. sub β; Eisler, Prozeßvoraussetzungen S. 19 Anm. 41. Anders § 52 dtsch. Z. P. O.

[7]) Vermag er sie auch „unselbständig" nicht einzugehen (z. B. Offizier Wechselverpflichtungen), so ist er hinsichtlich derselben nicht etwa prozeßfähig; so mit Recht die herrschende Lehre; a. M. Tilsch S. 37.

[8]) Nicht aber die zivilistische Handlungsfähigkeit; auch nicht die Verpflichtungsfähigkeit durch Delikt (verbo: „eingehen" im § 1 Z. P. O.). Das wird jetzt freilich mehrfach bestritten.

fähig. Absolut prozeßunfähig sind darnach Ungeborene, Unmündige, Wahnsinnige und juristische Personen;[9]) beschränkt prozeßfähig[10]) mündige Minderjährige (§ 2 Z. P. O.), gerichtlich erklärte Verschwender, der Gemeinschuldner hinsichtlich der Konkursmasse,[11]) der unter Zwangsverwaltung stehende Verpflichtete hinsichtlich des Objektes der Zwangsverwaltung, der Offizier hinsichtlich der Wechselverpflichtungen[12]) u. s. f. Dagegen ist die offene Handelsgesellschaft, lediglich eine Streitgenossenschaft unter gemeinschaftlicher Firma im Prozesse darstellend (siehe S. 134), prozeßfähig.[13])

Allein diese grundsätzliche Übereinstimmung zwischen dem Privat- und Prozeßrechte erleidet nach beiden Richtungen hin Ausnahmen: die Prozeßfähigkeit geht bisweilen weiter als die rechtsgeschäftliche Verpflichtungsfähigkeit, bisweilen weniger weit. Das erste ist bei Ausländern (physischen und juristischen[14]) Personen) der Fall: fehlt ihnen auch nach dem Rechte ihres Landes[15]) die Prozeßfähigkeit, so sind sie in Österreich dennoch (subsidiär) prozeßfähig, wenn sie es als Österreicher wären[16]) (§ 3 Z. P. O.) — eine nicht gerade zweckmäßige Bestimmung, die aber sinngemäß nicht verhindert, daß der an sich prozeßunfähige Ausländer doch durch seinen gesetzlichen Vertreter prozediert:[17]) zwar sagt das § 3 Z. P. O. nicht, aber beim Festhalten an seinem Wortlaute käme man zu dem Resultate, daß ein Minderjähriger, der es in Österreich nicht mehr wäre, hierlands nur ohne den Vormund, also nur in einer Form verhandeln könnte, welche dem Urteile in seiner Heimat die rechtliche Bedeutung nimmt. Zahlreicher sind die Ausnahmen entgegengesetzter Richtung, in denen also die Prozeßfähigkeit weniger weit geht als die rechtsgeschäftliche Verpflichtungsfähigkeit; deren sind in den Art. 194, 195, 226 H. G. B.;

---

[9]) Taubstumme sind postulationsunfähig; Horten in G. H. 1900 S. 562; a. M. Skedl I. S. 149; Menger in Grünhuts Zeitschr. VII. S. 652.

[10]) Diese Kategorie der Prozeßfähigkeit haben Oetker und Stegemann nicht beachtet, wohl aber Gaupp-Stein.

[11]) R. Pollak, Konkursrecht S. 118 ff.; a. M. Skedl I. S. 151; Tilsch S. 37.

[12]) Skedl I. S. 146 Nr. 15; Eisler S. 20; a. M. Tilsch S. 37.

[13]) A. M. Skedl I. S. 159 Anm. 8, der es als irrelevant ansieht, daß durch Art. 117 H. G. B. bloß vertragsmäßig der Ausschluß von der Vertretung erfolgt; demnach müßte es eine vertragsmäßig entstehende Prozeßunfähigkeit geben, was abgelehnt werden muß; wie Skedl auch Staub-Pisko I. S. 324; wie Text Bunsen in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXVI. S. 237 f., wohl auch v. Canstein i. e. l. VIII. S. 223.

[14]) A. M. v. Canstein S. 72.

[15]) Nach Art. XXIX Einf. Ges. zur Z. P. O. ist darunter der Heimatsstaat zu verstehen, da der Wohnsitz (§ 34 a. b. G. B.) im Inlande nicht genügt, um jemanden zum Inländer im Sinne der Zivilprozeßordnung zu machen. Aus §§ 2, 3 Z. P. O. ergibt sich das freilich nicht; a. M. Tilsch S. 42; Walker, Streitfragen S. 54; Horten in Ztbl. XIX. S. 877, die jedoch im Resultate mit dem Texte übereinstimmen; v. Canstein S. 73 Anm. 2.

[16]) So die herrschende Lehre; a. M. Tilsch S. 42. Ist die Ausländerqualität unerweislich, so gelten (arg. § 3 Z. P. O.) die inländischen Normen über die Prozeßfähigkeit; a. M. Horten in Gellers Ztbl. XIX. S. 877 f.: es gelte dann das Recht des Wohnsitzes.

[17]) A. M. Gaupp-Stein I. S. 158 f.; Walker, Streitfragen S. 55 ff.

§ 25 Gen. Geſ.; § 9 des Geſ. vom 24. April 1874 Nr. 49; den §§ 308, 315 E. O. enthalten; hiezu kommen noch die Fälle rein tatſächlicher, nicht rechtlicher Prozeßunfähigkeit, z. B. wegen Abweſenheit oder Unauffindbarkeit (ſiehe § 276 a. b. G. B.; §§ 116, 119, 121, 385 Z. P. O.; § 174 E. O.). In den letztgenannten beſteht die Unmöglichkeit,[18]) in den erſtgenannten ein Verbot ſelbſtändiger Prozeßführung oder einer ſolchen durch einen vom Einzelnen freigewählten Bevollmächtigten. Weder der einen noch der anderen Gruppe gedenkt § 1 Z. P. O., doch iſt ihre Exiſtenz unbeſtritten. Nur werden ſie häufig nicht zu den Fällen der beſchränkten Prozeßfähigkeit gerechnet,[19]) weil die Parteien (Kommanditiſten, Genoſſenſchafter) ja prozeßfähig ſeien; allein ſie ſind es eben nur beſchränkt, ſo wie etwa Minderjährige beſchränkt prozeßfähig ſind.

III. Die materiellrechtlichen Wirkungen des Prozeſſes treffen die prozeßunfähige Partei. Allein ſie vermag dieſelben weder durch Handlungen noch durch Unterlaſſungen ſelbſt oder durch Bevollmächtigte hervorzurufen; ſie vermag weder als Kläger[20]) noch als Beklagter, weder als betreibender Gläubiger noch als Verpflichteter[21]) aufzutreten; ſie vermag nicht einmal ſäumig zu werden.[22]) Ihre Willenserklärungen ſind nichtig.[23]) Einigermaßen anders werden ihre Wiſſenserklärungen behandelt: arg. §§ 272 und 373[24]) Z. P. O. und nach Analogie des § 26 Abſ. 2 Z. P. O. iſt der Prozeßunfähige, bei welchem dies durchführbar iſt, zum Erſcheinen vor Gericht und zur Abgabe von Wiſſenserklärungen neben ſeinem Vertreter zuzulaſſen, wobei freilich im Widerſpruchsfalle jene des Vertreters voranzugehen haben.

Die Nichtigkeit der Willenserklärungen iſt eine unbedingte, nicht etwa bedingt durch die Nichtgenehmigung der Prozeßführung des Prozeßunfähigen.[25]) Denn die erkannte Prozeßunfähigkeit iſt ſofort vom Gerichte wahrzunehmen, ſo daß ein Verfahren nicht einzuleiten, ein eingeleitetes ſofort einzuſtellen iſt (§ 7 Z. P. O.); nur wenn die Beſeitigung der Prozeßunfähigkeit erwartet werden kann, hat das Gericht dafür zu ſorgen,[26]) inzwiſchen aber nicht den Prozeßunfähigen zu Handlungen zuzulaſſen,[27])

[18]) Sobald ſie wegfällt, verſchwindet auch die Prozeßunfähigkeit; ſiehe § 117 Abſ. 1 Z. P. O. und § 58 dtſch. Z. P. O., dem hierlands keine Norm entſpricht.

[19]) Für ſie ſtellen Skedl I. S. 121 ff., 149; Tilſch S. 39 f. die Kategorie parteifähiger Vermögensmaſſen und Perſonenvereine ohne Rechtsſubjektivität auf.

[20]) Auch nicht, wenn ſie „Nebenintervenient“ ſein darf.

[21]) Z. E. Nr. 241.

[22]) Pfaff-Schey Nr. 977 = Z. E. Nr. 241 (mit bedenklichen Argumenten).

[23]) Alles das trifft nicht zu, wenn die Prozeßunfähigkeit nur eine tatſächliche iſt.

[24]) A. M. Skedl I. S. 157 Anm. 1. Allein der Schluß a maiori des § 373 Z. P. O., ad minus des § 177 Z. P. O. iſt hinſichtlich der Wiſſenserklärungen zwingend.

[25]) Mandyczewski in Grünhuts Zeitſchr. XXIV. S. 670, der aber viel zu weit geht; a. M. Skedl I. S. 171.

[26]) Pfaff-Schey Nr. 750. Kein abgeſondertes Rechtsmittel gegen die betreffenden Verfügungen; § 6 Abſ. 3 Z. P. O. Iſt Gefahr für den Gegner des Prozeßunfähigen, ſo wird ſtets ein Kurator beſtellt (§ 9 Z. P. O.).

[27]) Außer bei Gefahr im Verzuge und auch da nur für die „notwendigen Prozeßhandlungen“ (§ 6 Z. P. O.); Kaution darf nicht gefordert werden (§ 6 Z. P. O.); a. M. Horten im Ztbl. XIX. S. 972.

sondern das Verfahren für ihn stille stehen zu lassen[28]) (§ 6 Abs. 2 Z. P. O.). Bleibt die Prozeßunfähigkeit unentdeckt und wird die Prozeßführung[29]) des Unfähigen gehörig genehmigt, bevor jene entdeckt wurde[30]) oder nachdem das Verfahren geschlossen ist, dann freilich ist der Mangel ex tunc behoben (§ 477 Z. 5 Z. P. O.).

Die Prozeßfähigkeit ist eine Prozeßvoraussetzung, daher von Amts wegen zu prüfen. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen hätte jedes Gericht hiebei nach eigener Überzeugung ihr Vorhandensein oder ihren Mangel festzustellen. Dadurch könnte es leicht zu divergierenden Entscheidungen verschiedener Gerichte über die Prozeßfähigkeit derselben Partei kommen; um solche, in Statussachen besonders bedenkliche Verschiedenheiten zu vermeiden, ist eine erweiterte Kraft der prävenierenden Entscheidung dieser Frage normiert. Hat nämlich ein inländisches staatliches Gericht, sei es im streitigen, sei es im außerstreitigen Verfahren, sei es unter denselben, sei es unter anderen Parteien, sei es rechtskräftig, sei es noch nicht rechtskräftig, eine Person für prozeßfähig oder prozeßunfähig[31]) erklärt,[32]) so bindet diese Entscheidung (cum clausula rebus sic stantibus) jedes inländische Gericht, insolange sie nicht im Instanzenzuge abgeändert ist (§ 7 Abs. 2 Z. P. O.).

Ergehen Entscheidungen auf Grund von Prozeßhandlungen oder Unterlassungen Prozeßunfähiger, also mit Verletzung der eben entwickelten Grundsätze, so sind sie — die Prozeßführung sei oder werde denn genehmigt — nichtig (§ 477 Z. 5 Z. P. O.), mit den ordentlichen Rechtsmitteln,[33]) aber nach rechtskräftigem Abschlusse des Verfahrens auch noch mit der Nichtigkeitsklage anfechtbar (§ 529 Z. 2 Z. P. O.); erst wenn auch diese präkludiert ist,[34]) ist der Mangel geheilt (§ 534 Z. 2 Z. P. O.); siehe auch S. 122 ff.

IV. Der Prozeßunfähige bedarf im Prozesse eines Vertreters, den das Gesetz in einigen Fällen *gesetzlichen Vertreter*, in anderen *Kurator*[35]) nennt. Er ist nicht immer ein Bevollmächtigter, aber stets ein Stellvertreter.

---

[28]) Das ist keine Unterbrechung; denn § 6 Z. P. O. spricht nur vom „Aufschieben" des Ausspruches über die Rechtsfolgen der Prozeßunfähigkeit, und die Wirkungen des § 163 Z. P. O. können zum Teile nicht eintreten; vergl. § 118 G. O.; siehe § 90.

[29]) In toto; eine partielle Genehmigung gibt es nicht; Skedl I. S. 171; Trutter S. 324 f.; a. M. Horten in Gellers Ztbl. XIX. S. 974.

[30]) Alles das müßte anders sein, wenn die Prozeßunfähigkeit nur bedingt wirken würde.

[31]) v. Canstein S. 74; Stein, Über die bindende Kraft S. 21; a. M. Skedl I. S. 176; Wachtel S. 8; Eisler, Prozeßvoraussetzungen S. 59 Anm. 120, welche den § 7 Abs. 2 Z. P. O. nur auf den Fall ausgesprochener Prozeßunfähigkeit beziehen; dafür der Wortlaut, dagegen die im Texte genannte ratio legis.

[32]) Eine ausdrückliche Entscheidung über die Prozeßfähigkeit muß vorliegen; vergl. § 45 J. N.

[33]) Z. E. Nr. 241; Pfaff-Schey Nr. 750; die prozeßunfähige Partei selbst darf sie nicht einlegen.

[34]) Über die Fristberechnung Pfaff-Schey Nr. 741 (zweifelhaft).

[35]) Einer Reihe von ihnen spricht Skedl I. S. 157 ff., insbesondere S. 158 Anm. 1 die Stellung gesetzlicher Vertreter ab und will sie als Bevollmächtigte behandeln.

Nach außen hin richtet sich die Macht des gesetzlichen Vertreters nach seiner Bestellung. Ist er auf Grund dieser oder auf Grund der (etwa nach außen hin nötigen) Ermächtigung zur Prozeßführung[36]) der Parteivertreter geworden,[37]) so gelten seine Prozeßhandlungen und Unterlassungen als solche der von ihm vertretenen Prozeßpartei; mit Wirkung für diese und unter Ausschluß[38]) der Partei gibt er Willenserklärungen, statt und neben ihr Wissenserklärungen ab. Als Beweismittel ist er nach Ermessen des Gerichtes gleichfalls neben der und wie eine Partei verwendbar (§ 373 Z. P. O.), steht daher — nicht gerade zweckmäßigerweise — nicht unter dem Zeugniszwange (§ 380 Abs. 3 Z. P. O.). Aber der Vertreter handelt nicht für sich, sondern für die Partei: die materiellrechtlichen Wirkungen des Prozesses treffen denn auch nicht ihn, sondern die Partei: darum darf der Vertreter zwar die im Verhältnisse des Richters zu seiner Person bestehenden Befangenheitsgründe geltend machen (§ 19 Z. 2 J. N.); aber die Ausschließungsgründe des § 20 J. N. kommen als solche nur in Beziehung auf die Partei, nicht auch in jener auf den gesetzlichen Vertreter in Betracht.[39]) Eine Konsequenz der entwickelten Sätze ist es, daß der Vertreter weder vom Prozeßgegner Kosten zu erhalten, noch ihm solche zu leisten hat. Ganz unabhängig von der allgemeinen Kostenerstattungspflicht des § 41 Z. P. O. und unabhängig vom Prozeßausgange ist dagegen für den gesetzlichen Vertreter (wie für einen Bevollmächtigten) eine Haftung für sein grobes Verschulden dahin normiert, daß er für die durch solche dem Prozeßgegner verursachten Prozeßkosten[40]) diesem hafte[41]) (§ 49 Z. P. O.; siehe S. 84); ohne diese Norm bestünde eine solche Haftung dem Gegner gegenüber nicht.[42]) Ordnungsstrafen treffen den Vertreter freilich persönlich.

Das interne Verhältnis zwischen dem gesetzlichen Vertreter und der Prozeßpartei ist für die verschiedenen Fälle der gesetzlichen Vertretung nicht gleich, sondern hängt von der Art der Bestellung des gesetzlichen Vertreters ab.

Obliegt diese dem Gerichte, so besteht kein privatrechtliches Verhältnis zwischen dem Vertreter und der Partei; jener handelt dann kraft seiner

[36]) Wann es einer solchen bedürfe, bestimmt das Gesetz für jeden einzelnen Fall; vergl. Skedl I. S. 161 Anm. 13; Pfaff-Schey Nr. 973.

[37]) Er muß seine Bestellung und die etwa (Pfaff-Schey Nr. 716) nötige Prozeßermächtigung dem Gerichte urkundlich nachweisen (§ 4 Z. P. O.), falls sie nicht daselbst offenkundig ist; ebenso Skedl I. S. 164 Anm. 17. Bisweilen bedarf er für einzelne Prozeßhandlungen (Vergleich) noch besonderer Ermächtigung (§ 6 Abs. 2 Z. P. O.); siehe Skedl I. S. 161 Anm. 13.

[38]) Scheinbare Ausnahme: die „Nebenintervenienten" nach Art. 194, 195, 226 H. G. B., § 23 Gen. Ges., § 9 des Ges. vom 24. April 1874 Nr. 49.

[39]) Horten, Jur. Norm S. 130; a. M. Spr. Rep. Nr. 171 mit ausdehnender Auslegung des Wortes „Person" im § 20 Z. 2 J. N.; Z. E. 178 unter Berufung auf § 39 Z. P. O.

[40]) Nur auf diese bezieht sich § 49 Z. P. O.; Pfaff-Schey Nr. 753.

[41]) Sie sind ihm auf Antrag oder von Amts wegen — nicht statt, sondern allenfalls neben der unterliegenden prozeßunfähigen Partei — aufzuerlegen (§ 49 Z. P. O.). Siehe S. 84 f.

[42]) Das Amt endet nur ausnahmsweise vor dem Prozeßende; § 8 Z. P. O.

Bestellung und unabhängig vom Willen und konsequenterweise den Aufträgen seiner Partei. So liegt z. B. der Fall bei der Bestellung eines Kurators für eine Partei unbekannten Aufenthaltes (§ 116 Z. P. O.): hat der Kurator sie ausfindig gemacht, so hat er sich zwar pflichtgemäß bei ihr zu informieren, aber an ihre Anordnungen ist er nicht gebunden; paßt der Partei sein Vorgehen nicht, so hat sie in den Prozeß einzutreten. Von einer Haftung des Vertreters gegen die Partei wegen Auftragswidrigkeiten ist darnach in allen diesen Fällen keine Rede; der Vertreter haftet nur für den Schaden, der durch eine verschuldete und objektiv ordnungswidrige Vertretungsführung entsteht[43]) (siehe § 262 a. b. G. B.; § 118 E. O.).

Ganz anders ist die rechtliche Situation, wenn die Bestellung des Vertreters auf den Parteiwillen, wenn auch nicht auf den Willen der einzelnen Partei zurückgeht, wie dies z. B. bei juristischen Personen und in den Fällen des Art. 195 H. G. B. der Fall ist. In diesen Fällen beruht die Verantwortlichkeit des Vertreters auf den in den §§ 1009, 1012 a. b. G. B. entwickelten Grundsätzen.

V. Die Bestellung des Vertreters obliegt dem Gerichte, insofern nicht für einzelne Fälle etwas anderes gesetzlich verordnet ist.[44]) Das Prozeßgericht ist aber hiezu nur berufen, wenn für den Prozeßgegner Gefahr im Verzuge ist (§ 8 Z. P. O.), wenn die Partei unbekannten Aufenthaltes (§ 116 Z. P. O.) oder exterritorial (§ 119 Z. P. O.) oder im Auslande ist, ohne daß eine Aussicht auf die Erlangung einer Zustellung oder eines Nachweises der Zustellung an sie besteht (§ 121 Z. P. O.). Bei Beweissicherungen[45]) (§ 386 Abs. 3 Z. P. O.) hat das sichernde Gericht, das Exekutionsgericht hat den Kurator im Falle der §§ 174, 297[46]) E. O. zu bestellen. Greift keine Spezialnorm ein,[47]) so ist zur Kuratorsbestellung jenes Bezirksgericht[48]) zuständig, bei dem der Antragsteller seinen allgemeinen Gerichtsstand in Streitsachen hat (§ 112 J. N.).

Der Bestellte muß partei- und prozeßfähig sein; daß er auch die sonstigen Erfordernisse eines Bevollmächtigten haben müsse, sagt das Gesetz nicht, so daß auch Frauen als gesetzliche Vertreter fungieren dürfen.[49]) Der Bestellte muß bei einer gerichtlichen Bestellung das Amt annehmen (arg. § 281 a. b. G. B.); nötigenfalls ist er hiezu nach den Grundsätzen des

[43]) Vergl. Skedl I. S. 166 Anm. 25.

[44]) Wie z. B. bei juristischen Personen, in den Fällen der Art. 194, 195, 226 H. G. B.

[45]) Hier „kann" ein Kurator „zur Wahrnehmung seiner (scil. des unbekannten Gegners) Rechte" bestellt werden (§ 386 Z. P. O.). Damit ist die Bestellung in das Ermessen des Gerichtes gelegt, welches sich hiebei den § 389 Abs. 2 Z. P. O. vor Augen zu halten hat.

[46]) Es ist nicht klar, warum Horten im Ztbl. XIX. S. 977 diese Kuratorsbestellung nur „in der Regel" dem Exekutionsgerichte zuweist.

[47]) Es gibt deren außer den genannten noch mehrere; siehe z. B. § 109 J. N.; § 77 des kais. Pat. vom 9. August 1854 Nr. 208.

[48]) Nicht auch das Bezirksgericht für Handelssachen.

[49]) Insoweit dies nicht für einzelne Fälle expresse untersagt ist.

Verfahrens außer Streitsachen zu zwingen;[50]) dafür hat der gerichtlich bestellte Vertreter stets — nicht gegen den Staat — einen Anspruch auf seine Honorierung[51]) (§ 10 Z. P. O.), dieser sei denn einzelnen gesetzlichen Vertretern ganz (wie dem Vater) oder zum Teile (wie dem Vormunde, § 266 a. b. G. B.) abgesprochen. Prozeßkosten sind das aber nicht;[52]) denn solche entstehen nur von Partei zu Partei oder vermöge des § 49 Z. P. O. gegen Vertreter, vermöge des § 41 Z. P. O. für den Nebenintervenienten. Der Vertreter muß also seinen Honoraranspruch im selbstständigen Prozeßwege durchsetzen.[53]) Er hat diesen Anspruch in der Regel gegen den Vertretenen (arg. § 10 Z. P. O.); verwaltet er eine Vermögensmasse, so hat er den Anspruch, mit Vorrang aus dieser befriedigt zu werden (§ 29 K. O.; §§ 117, 120, 315 E. O.); ist aber seine Bestellung durch die Prozeßhandlung einer Partei[54]) (also der Gegenpartei des Prozeßunfähigen) veranlaßt[55]) worden, so hat die veranlassende Partei diese Kosten zu bestreiten (§ 10 Z. P. O.), insoweit sie nicht aus den genannten Massen berichtigt werden.[56])

Erfolgt die Bestellung nicht vom Gerichte, so entscheiden die Normen des einzelnen Falles.

VI. Anhang. Für erkrankte, abwesende und für verstorbene Advokaten ist ein mittlerweiliger Stellvertreter (Substitut) bald durch den Advokaten selbst, bald durch den Ausschuß der Advokatenkammer zu bestellen (§§ 14, 28 Adv. O.). Er ist nur zur internen Vertretung des Advokaten, dagegen auf Grund dieser Substitution nicht zur Prozeßvertretung für denselben berechtigt; die letztere darf er arg. §§ 31, 160 Z. P. O. nur auf Grund einer Substituierung durch den Advokaten für den einzelnen Prozeß führen.[57]) Er ist also kein gesetzlicher Vertreter.

§ 26. Die Postulationsfähigkeit.

I. Postulationsfähigkeit ist die Fähigkeit einer Person, Prozeßhandlungen selbst vorzunehmen; Postulationsunfähige bedürfen hiezu eines Vertreters ihrer Wahl. Die Partei- und die Prozeßfähigkeit sind Voraussetzungen der Postulationsfähigkeit.

---

[50]) Skedl I. S. 163 Anm. 14 lehrt mit Recht, ein zivilprozessualer Zwang sei ausgeschlossen; daraus folgt aber nicht das Widerspiel des Textes.

[51]) Anders liegen die Dinge beim defensor matrimonii: Pfaff-Schey Nr. 838; siehe auch S. 83.

[52]) Pfaff-Schey Nr. 509; a. M. Pfaff-Schey Nr. 612 (S. 286).

[53]) Wachtel S. 11; a. M. Skedl I. S. 163 Anm. 14; nicht deutlich Horten in Gellers Ztbl. XIX. S. 979 f.; Art. V Einf. Ges. zur Z. P. O. findet hier keine Anwendung (a. M. Wachtel, Skedl), da der gesetzliche Vertreter kein Bevollmächtigter ist, wie Skedl a. a. O. S. 166 Anm. 24 selbst mit Recht betont.

[54]) Eine weitere Ausnahme stellt § 6 des Ges. vom 24. April 1874 Nr. 49 dar.

[55]) Wenn auch nicht „beantragt"; siehe § 116 Z. P. O.; § 174 E. O.

[56]) Der Ersatzanspruch der zahlenden Prozeßpartei wider die prozeßunfähige richtet sich nach § 41 Z. P. O.; im Grundsatze richtig, wenn auch im Detail irrend Wachtel S. 11.

[57]) A. M. Skedl I. S. 315 Anm. 23, der den § 166 Z. P. O. nicht heranzieht.

Die Postulationsfähigkeit ist die Regel. Ausnahmen erleidet sie für Parteien[1]) und Nebenintervenienten, und nur im Falle des § 185 Z. P. O. auch für Beteiligte (§ 52 E. O.), Zeugen und Sachverständige[2]) (§§ 324, 367 Z. P. O.). Die Ausnahmen beruhen zum Teile auf sachlichen, nämlich aus dem Prozesse entnommenen, zum Teile auf persönlichen Gründen; die sachlichen Gründe spielen nur im Erkenntnisverfahren (§ 52 E. O.), die persönlichen im ganzen Prozesse eine Rolle. Wo die sachlichen Gründe eintreten, tritt der Advokatenzwang, wo die persönlichen wirken, der Vertreterzwang ein; im ersten Falle darf demnach der Postulationsunfähige nur unter den Advokaten, im zweiten unter allen zur Parteivertretung zugelassenen Personen seinen Vertreter wählen.

II. Der *sachliche* Grund der Postulationsunfähigkeit beruht auf der Erfahrung, daß durchschnittlich Prozesse gewisser Art einer juristischen Vorbereitung bedürfen, um sachgemäß vor Gericht verhandelt und entschieden zu werden. Das Gesetz nimmt dies taxativ in folgenden Fällen an: für das Erkenntnisverfahren vor Gerichtshöfen erster und höherer Instanz einschließlich der ersten Tagsatzung, der Beweissicherung und des vorbereitenden Verfahrens (§§ 27, 248 Z. P. O.); für die Berufung, Revision und den schriftlichen Rekurs (§§ 465, 506, 520 Z. P. O.) des Erkenntnisverfahrens;[3]) in diesen Fällen findet ein absoluter Advokatenzwang statt. Von ihnen ist jener der ersten Tagsatzung lebhaft bestritten; die hier vertretene Meinung[4]) beruht auf § 131 Abs. 2 Z. P. O., auf der aus dem Verhandlungsstoffe der ersten Tagsatzung geschöpften ratio legis, hauptsächlich aber auf der Erwägung, daß die erste Tagsatzung vor einem Einzelrichter und nicht vor einem beauftragten Richter stattfindet. Der Advokatenzwang findet ferner noch vor allen Gerichten statt, falls der Streitwert 1000 K übersteigt, die Partei nicht in Person (§ 5 Z. P. O.) verhandelt[5]) und im Sprengel („am Orte") des Gerichtes zwei oder mehr Advokaten ihren Sitz haben (§ 29 Z. P. O.). Ausnahmsweise entfällt jeder aus sachlichen Gründen eingeführte Advokatenzwang bei Erhebungen von Amts wegen; im Verfahren erster Instanz „in Ehesachen"[6])

---

[1]) In Zwischenstreitigkeiten für jene, welche in ihnen die Parteistellung haben; §§ 22, 308 Z. P. O.

[2]) Auch für die Rechtsmittel der Zeugen und Sachverständigen besteht kein Advokatenzwang, wenn dieselben sie zu Protokoll geben; § 520 Z. P. O.; Skedl I. S. 295; a. M. Neumann, Komm. I. S. 180.

[3]) Die Rekurse des Exekutions- und Sicherungsverfahrens stehen nicht unter dem Advokatenzwange; a. M. Skedl I. S. 292; Neumann, E. O. S. 6, gestützt auf § 78 E. O., § 520 Z. P. O. Allein § 78 E. O. beruft die Zivilprozeßordnung nur, „soweit in diesem Gesetze nichts anderes verordnet ist ..." und § 52 E. O. verordnet eben etwas anderes als § 520 Z. P. O.

[4]) Wachtel S. 29; Hoegel in G. Z. 1896 S. 334; v. Falke in G. Z. 1897 S. 113; wohl auch Ullmann S. 32; a. M. die herrschende Lehre und die Praxis. Ohne den ungenau formulierten § 73 Abs. 2 Z. P. O. wäre die Kontroverse kaum entstanden.

[5]) Das nennt man den relativen Advokatenzwang. Er gilt nicht bloß vor Bezirksgerichten; Skedl I. S. 296; Neumann, Komm. I. S. 187; a. M Demelius S. 197 f.

[6]) Sie sind freilich nur zum geringen Teile Zivilprozesse; siehe S. 111 f.

(§ 27 Abs. 2 Z. P. O.); im Bagatell- und Besitzstörungsprozesse der Richter (Art. XIV Einf. Ges. zur Z. P. O.); im Verfahren[7]) wegen einer Schiedsrichterbestellung (§ 582 Z. P. O.); im Verfahren wegen der Erteilung des Armenrechtes (§§ 63—73 Z. P. O.); im Berufungsverfahren wider gewerbegerichtliche Urteile (§ 30 Gew. Ger. Ges.); für die Prozeßhandlungen vor dem Gerichtsvorsteher, dem Senatsvorsitzenden, dem ersuchten und dem beauftragten Richter (mit Ausnahme des vorbereitenden Verfahrens), vor der Gerichtskanzlei[8]) (§ 27 Z. P. O.); für Berufungen, wenn am Sitze[9]) des Prozeßgerichtes erster Instanz nicht zwei Advokaten ihren Sitz haben (§ 465 Z. P. O.), oder wenn der armen Partei noch kein Armenadvokat bestellt ist[10]) (§ 90 G. O. G.); endlich zu Gunsten der persönlich zur selbständigen Prozeßführung besonders qualifizierten Personen, nämlich des Staates (§ 27 Abs. 3 Z. P. O.), der durch die Finanzprokuratur vertretenen Fonde, der (nicht aus der Liste gestrichenen) Advokaten, der (nicht des Amtes entsetzten) Notare und der zur Ausübung des Richteramtes befähigten und bei Gericht aktiv dienenden Personen (§ 28 Z. P. O.) — mögen sie Partei oder gesetzliche Vertreter sein (§ 5 Z. P. O.).

Aus individuellen Gründen besteht in der Regel[11]) kein Advokaten-, wohl aber ein Vertretungszwang in folgenden Fällen des ganzen Prozesses: für Taubstumme[12]) für den mündlichen Verkehr mit dem Gerichte (§ 275 a. b. G. B.); ferner kraft gerichtlichen Auftrages im betreffenden Prozesse für jene, die einer verständlichen Äußerung in diesem Prozesse nicht fähig sind[13]) (§ 185 Z. P. O.); endlich in jenen Fällen, in denen

---

[7]) § 582 Z. P. O. sagt ungenau: zur Antragstellung.

[8]) Somit besteht kein Advokatenzwang für die — wenigen — Protokollerklärungen vor Gerichtshöfen gemäß § 79 Z. P. O. (a. M. Skedl I. S. 283 Anm. 30); denn keine derselben findet vor dem erkennenden Gerichte oder im vorbereitenden Verfahren statt.

[9]) Wenn auch im Sprengel.

[10]) Ein Vertretungszwang durch einen Gerichtsbeamten besteht auch in diesem Falle (§ 90 G. O. G.), damit die Parteien nicht Winkelschreibern in die Hände fallen.

[11]) Ausnahme: § 185 Z. P. O., falls das Gericht die Vertretung durch einen Advokaten vorschreibt; das darf es nach dem Texte des § 185 Z. P. O. (verbo: „erforderlichenfalls"), der gute Gründe für sich hat, auch in- und außerhalb der Fälle sonstigen Advokatenzwanges; Neumann, Komm. I. S. 472; a. M. Demelius S. 347; zweifelhaft Trutter S. 338 f.

[12]) Horten in G. Z. 1900 S. 562. Kein Advokatenzwang: verbo: „Sachwalter" im § 275 a. b. G. B. Diesen Satz hält für durch § 185 Z. P. O. derogiert Tilsch S. 66; wie Text Neumann, Komm. I. S. 189; Ullmann S. 31.

[13]) Genießt die Partei das Armenrecht, so ist ihr ein Armenvertreter, und zwar ein Armenadvokat beizugeben. § 64 Z. 3 Z. P. O. schreibt dessen Beigebung zwar nur für den Fall vor, daß „die Vertretung durch Advokaten durch das Gesetz geboten ist", und im Falle des § 185 Z. P. O. gebietet sie der Richter. Allein er gebietet sie doch kraft Gesetzes, und die ratio legis spricht gleichfalls für die Anwendung des § 64 Z. 3 Z. P. O.: wer unter § 185 Z. P. O. fällt, ist nicht ungebärdig, sondern unverständig; will man ihn dafür durch die Justizverweigerung strafen, wenn er arm ist? Im Resultate übereinstimmend Neumann, Komm. I. S. 182; Petschek in Jur. Bl. 1900 S. 530; a. M. Skedl I. S. 303; Demelius S. 242; zweifelnd Ullmann S. 58.

die Beiziehung eines Zustellungsbevollmächtigten vorgeschrieben ist (§ 94 Z. P. O.). Dies ist der Fall bei jenen,[14]) welche außerhalb des Gerichtshofsprengels wohnen, in dem das Prozeßgericht seinen Sitz hat[15]) (§ 95 Z. P. O.), und stets für Streitgenossen (§ 97 Z. P. O.).

III. Die Wirkung der Postulationsunfähigkeit ist verschieden in den Fällen des Advokaten-, des Vertretungszwanges und des Zwanges zur Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten.

In den Fällen des Advokaten- und Vertreterzwanges ist der Postulationsunfähige nicht befugt, gültige Willenserklärungen[16]) im Prozesse abzugeben; dagegen vermag er[17]) stets Wissenserklärungen abzugeben, und dieselben haben sogar den Vorrang vor gleichzeitigen[18]) Wissenserklärungen seines Vertreters (§ 34 Z. P. O.); das beruht auf seiner Prozeßfähigkeit. Die Willenserklärungen vermag mit Wirkung nur der gültige Vertreter abzugeben. Fehlt es an einem solchen, so treten — anders als beim Prozeßunfähigen — die Säumnisfolgen ein, und zwar selbst dann, wenn der Postulationsfähige oder sein unzulässiger Vertreter handeln. Denn ihre Willenserklärungen sind nichtig; diese Nichtigkeit ist unverzichtbar, von Amts wegen als eine Prozeßvoraussetzung[19]) wahrzunehmen (§ 37 Z. P. O.); sie wird erst durch die rechtskräftige Beendigung des Erkenntnis-, Sicherungs- oder Exekutionsverfahrens für jedes derselben saniert[20]) (arg. § 529 Z. 2 Z. P. O.). Selbst provisorisch darf der Postulationsunfähige nicht zu Prozeßhandlungen zugelassen werden.[21]) Will also in diesen Fällen ein Postulationsunfähiger prozessual handeln, so muß er dies durch einen Vertreter tun, der nach außen hin als direkter Stellvertreter auftritt (§§ 26, 39 Z. P. O.), und dessen Verhältnis nach innen nach den Normen des Mandates und eventuell des Dienstvertrages beurteilt wird (siehe darüber § 27).

Anders ist die rechtliche Situation in den (allerdings ziemlich seltenen) Fällen des Zwanges zur Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten. Ein solcher ist nicht zur Vornahme der Prozeßhandlungen für die Partei, sondern nur zur Empfangnahme gerichtlicher, für die Partei bestimmter

---

[14]) Parteien und Nebenintervenienten; für den Fall der Nebenintervention nach § 20 Z. P. O. enthält § 98 Z. P. O. eine Spezialnorm.

[15]) Oder bei jenen, welche während des Prozesses ihren Wohnsitz dementsprechend verlegen (§ 95 Z. 2 Z. P. O.).

[16]) Auch nicht Anerkenntnisse, Verzichte, Vergleiche (a. M. Neumann, Komm. I. S. 200), die, von ihm ausgehend, nur eine außerprozessuale Bedeutung beanspruchen könnten.

[17]) Neben dem Vertreter (verbo: „miterschienen" § 34 Z. P. O.).

[18]) Nicht auch vor früheren (§ 34 Z. P. O.); da sind die späteren der Partei nach § 266 Abs. 2 Z. P. O. zu beurteilen.

[19]) Teilweise a. M. Eisler, Prozeßvoraussetzungen S. 13, 23.

[20]) So zeigt sich eine Differenz in der Bedeutung der Prozeßvoraussetzungen der Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit, Postulationsfähigkeit.

[21]) Wer postulationsunfähig ohne Vertreter bei Tagsatzungen erscheint, ist säumig; wer in gleicher Art Schriftsätze (nicht bloß die im § 37 Z. P. O. genannten; a. M. Skedl I. S. 343 Anm. 21) überreicht, erhält sie (allenfalls mit einer nicht verlängerbaren Reproduzierungsfrist) zurück. Siehe Pfaff-Schey Nr. 162.

Zustellungen[22]) (von Ladungen, Entscheidungen u. dergl.) und zur sofortigen Weiterbeförderung derselben an die Partei bestellt (§§ 94, 99 Z. P. O.); er dient also lediglich der Vereinfachung des Zustellungswesens, wird darum auch nur in Fällen eingesetzt, in denen die Partei entfernt[23]) vom Gerichte wohnt[24]) oder aus mehreren Personen besteht (§§ 95, 97 Z. P. O.).[25]) Es wäre außer Verhältnis zu diesem verhältnismäßig kleinen Zwecke, wollte das Gesetz mit seiner Nichtbestellung dieselben Folgen wie im erstbesprochenen Falle, jenem des Vertreterzwanges verbinden. Das geschieht denn auch nicht. Vielmehr treten dann nur folgende Wirkungen ein: den Streitgenossen bestellt auf Antrag das Prozeßgericht den Zustellungsbevollmächtigten[26]) (§ 97 Abs. 2 Z. P. O.); für den Nebenintervenienten des § 20 Z. P. O. ist seine Partei der Zustellungsbevollmächtigte (§ 98 Z. P. O.); anderen Parteien werden[27]) die Schriftstücke unter ihrer letzten Adresse per Post[28]) zugesendet und die Übergabe an die Post hat die Wirkungen der Zustellung (§ 96 Z. P. O.: fingierte Zustellung).

§ 27. Die Bevollmächtigung.[1])

I. Das Zivilprozeßrecht gestattet den Parteien, Beteiligten und Nebenintervenienten, sich bei Vornahme ihrer Prozeßhandlungen[2]) vertreten zu lassen[3]) (§ 26 Z. P. O.; Art. XX Einf. Ges. zur Z. P. O.), verpflichtet konsequenterweise den Prozeßgegner, sich mit dem Vertreter einzulassen; eine Ausnahme von diesem Grundsatze macht nicht einmal das Gewerbegerichtsgesetz (§ 25 desselben). So verzichtet das österreichische Recht bedauerlicherweise grundsätzlich darauf, von jedem zu verlangen, daß er (auch) persönlich für seine Rechte und Pflichten einstehe, und verzichtet gleichzeitig prinzipiell auf die wichtige Erkenntnisquelle, welche die Person der Partei (auch ohne ihre Verwendung als Beweismittel) bietet. Da die Partei somit nur von einem Rechte Gebrauch macht, wenn sie sich vertreten läßt, und da überdies ihr Nicht-in-Person-Erscheinen kein „Ergebnis

---

[22]) Auch solche, die zu eigenen Handen, dagegen ratione legis nicht solche, welche bei der Vornahme von Exekutionshandlungen zuzustellen sind.

[23]) Das heißt außerhalb des Sprengels jenes Gerichtshofes, bei dem oder in dessen Sprengel Prozeß geführt wird (§ 95 Z. 1 und 2 Z. P. O.).

[24]) Die Bestellung ist in diesem Falle Ermessenssache des Gerichtes (§ 95 Z. P. O.: „. . . kann . . .“).

[25]) Die Bestellung obliegt den Parteien, die Anordnung derselben bei Gerichtshöfen dem Vorsitzenden (§§ 95, 97 Z. P. O.).

[26]) Dawider kein Rekurs (§ 97 Abs. 2 Z. P. O.).

[27]) „Können“ sagt § 96 Z. P. O. ungenau; a. M. Demelius S. 273.

[28]) Es sei dies denn unzulässig oder unmöglich (§ 96 Z. P. O.; Demelius S. 273); in diesen Fällen wird das Schriftstück mit der Wirkung der Zustellung bei Gericht hinterlegt.

[1]) Skedl I. S. 307 ff.; Trutter S. 328 ff.; Tilsch S. 240 ff.; Wach I. S. 568 ff.; Mitteis, Stellvertretung; Hupka, Vollmacht; Hellwig in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXIX. S. 520 ff.; Unhaltbares bei Masović in Gellers Ztbl. XVI. S. 205 f.

[2]) Ausgenommen, wenn die Partei ein Beweismittel ist.

[3]) Über Eheprozesse siehe Skedl I. S. 281. Für Judenehen gilt der Satz des Textes. Die Versöhnungsversuche sind kein Teil des Eheprozesses; siehe S. 112.

der gesamten Verhandlung" ist, besteht nicht einmal die rechtliche Möglichkeit, den Umstand zur Bildung einer richterlichen Überzeugung zu verwenden, daß eine Partei nur durch den Vertreter verhandelt[4]) (§ 272 Z. P. O.). Ein gerechtfertigter Grund für diese, der historischen Entwicklung allerdings völlig entsprechende, aber nicht einmal aus einer individualistischen Auffassung des Zivilprozesses erklärliche Stellung des Gesetzes besteht nicht; mit der Frage der Unterstützung der Partei durch einen Vertreter (Beistandschaft) hat sie nichts zu tun, da das Problem nicht dahin geht, ob neben, sondern dahin, ob statt der Partei ein anderer handeln dürfe; ebensowenig wird das Problem für die Fälle aufgeworfen, in denen es der Partei nicht oder nur sehr schwer möglich ist, in Person vor Gericht zu erscheinen. Aber da man von jedem Zeugen und Sachverständigen die persönliche Aussage verlangt, ist nicht abzusehen, warum der Partei (wenn sie verhandelt) stets gestattet sein soll, dies durch Stellvertreter zu tun.

Macht die prozeßfähige[5]) Partei von diesem Rechte, sich vertreten zu lassen, Gebrauch, so erteilt sie hiezu die Vollmacht; dasselbe tut die postulationsunfähige Partei, die sich in den Prozeß einläßt. Die Vollmachtserteilung ist eine einseitige, daher einer Annahmeerklärung nicht bedürftige, außerprozessuale Erklärung, durch welche eine Person berechtigt wird, als direkter Stellvertreter einer anderen zu handeln; eine prozessuale Bedeutung gewinnt sie erst durch die Mitteilung an das Gericht. Sie kann, muß aber nicht auf dem Mandate, Lohnvertrag beruhen. Das Zivilprozeßrecht regelt grundsätzlich nur das Rechtsverhältnis der Vollmacht nach außen hin; das Rechtsverhältnis zwischen der Partei und dem Bevollmächtigten regelt sich demnach nach dem Privatrechte; nur für den Honoraranspruch des bevollmächtigten Advokaten (und Notars; § 42 Z. P. O.) enthält die Zivilprozeßordnung eine Norm (Art. V Einf. Ges. zur Z. P. O.; Hofd. vom 4. Oktober 1833 J. G. S. Nr. 2633).

II. Das Zivilprozeßrecht kennt ausschließend drei Arten wirksamer Vollmacht, jene „zur Prozeßführung", jene zur Vornahme „einzelner bestimmter Prozeßhandlungen" (§ 33 Z. P. O.) und die Zustellungsvollmacht; eine vierte prozessual wirksame Art der Vollmacht gibt es nicht, ohne daß deshalb die vollmachterteilenden Personen an den Gebrauch bestimmter Ausdrücke gebunden wären (Prokura). Der Unterschied der Vollmachten liegt in ihrem Umfange. Gemeinsam ist ihnen innerhalb ihres Umfanges folgendes:

Sie dürfen ohne Beobachtung bestimmter Formen erteilt werden.[6]) Zwar sollen sie bei Vornahme der ersten Prozeßhandlung dem Gerichte urkundlich nachgewiesen sein[7]) (§§ 30, 37 Z. P. O.), wovon allerdings

[4]) Zu demselben Resultate führt das arg. e contr. des § 272 Abs. 2 Z. P. O.

[5]) Für die prozeßunfähige der gesetzliche Vertreter.

[6]) Skedl I. S. 308; Hupka S. 111 Anm. 2; Tilsch S. 243; a. M. Neumann, Komm. I. S. 190.

[7]) A. M. Masović a. a. O.; Wachtel S. 422 (für § 467 Z. P. O., wohl nur durch Gewohnheiten der Praxis einzelner Kronländer bestimmt). Bei Bezirksgerichten darf die Vollmacht zum Verhandlungsprotokoll erklärt werden (§ 30 Abs. 3 Z. P. O.). — Die Sätze des Textes

gegen den Wortlaut des § 30 Z. P. O. sinngemäß Prokuristen befreit sind.[8]) Allein zur Vornahme dringlicher Prozeßhandlungen (mit Ausnahme des im § 180 Abs. 2 E. O. genannten Falles) dürfen Vertreter auch ohne Vollmachtsurkunde gegen die nachträgliche Beibringung derselben zugelassen werden (§ 38 Z. P. O.), und das Gesetz verlangt nicht, daß nachträglich festgestellt werde, die Vollmachtsurkunde habe schon im Momente der provisorischen Zulassung bestanden. Der Ausstellung einer schriftlichen Vollmacht bedarf es darnach allerdings, aber nicht im Zeitpunkte ihrer Erteilung. Sie erfolgt als Privaturkunde; die Echtheit der Unterschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen oder vom bevollmächtigten Advokaten oder Notar auf seinen Eid zu nehmen (§ 30 Z. P. O.). Die Vorschriften über im Auslande ausgestellte Vollmachten sind daneben im Art. VII Z. 2 Einf. Ges. zur Z. P. O. aufrechterhalten,[9]) da sie zwar keine privatrechtlichen, aber doch „Vorschriften des bürgerlichen Rechtes" nach der Terminologie des Gesetzes sind[10]) (Art. XXX Einf. Ges. zur Z. P. O.).

Die materiellrechtlichen Wirkungen des Prozesses treffen die Partei und nicht den Vertreter. Dessen Handlungen und Unterlassungen haben also dieselbe Wirkung, als ob sie von der Partei vorgenommen wären.[11]) Es ist darum ganz gerechtfertigt, daß die Partei Wissenserklärungen ihres Bevollmächtigten durch eine sofort entgegengesetzte Erklärung wirkungslos zu machen vermag (§ 34 Z. P. O.): es ist so, als ob dieselbe Person zwei einander entgegengesetzte Erklärungen abgegeben hätte; bei Willenserklärungen ist die entgegenstehende Erklärung der (postulationsfähigen) Partei als ein Widerruf zu behandeln (arg. e contr. § 34 Z. P. O.). Als Folge des Gedankens, daß zwar der Vertreter im Prozesse wie eine Partei behandelt wird (§ 39 Z. P. O.), daß ihn aber nach den Grundsätzen der direkten Stellvertretung die Rechte und Pflichten des Prozesses nicht treffen, gibt es keine Wiedereinsetzung wegen schlechter Vertretung[12]) oder wegen eines auftragswidrigen Handelns, und es sind die Ausschließungsgründe des Richters nur im Verhältnisse zur Partei zu prüfen;[13]) anders steht es mit den Befangenheitsgründen. Nur wenige Ausnahmen von diesen Grundsätzen gibt es: § 83 Z. P. O. (Urkundenrekognoszierung); § 112 Z. P. O. (Zustellung), § 49 Z. P. O. (Kostenersatzpflicht für grobes Verschulden, unabhängig von der Ersatzpflicht der Partei),[14]) §§ 86, 179, 200, 512, 528, 530 Z. 3 Z. P. O. (ordnungswidrige Handlungen des Vertreters), § 185 Abs. 2 Z. P. O. (Unfähigkeit des

gelten auch für Gewerbegerichte; Gew. Entsch. Nr. 475.

[8]) A. M. Skedl I. S. 332 Anm. 87; Neumann, Komm. I. S. 190; Staub-Pisko I. S. 147.

[9]) A. M. Ullmann S. 32; Tilsch S. 244; Neumann, Komm. I. S. 192; wie Text Walker, Streitfragen S. 92.

[10]) Hierüber Tilsch S. 1 ff.

[11]) Z. E. Nr. 157.

[12]) Neumann, Komm. I. S. 409; Pfaff-Schey Nr. 99; a. M. Pfaff-Schey Nr. 678, deren unrichtiges Ergebnis allerdings durch das mindestens fahrlässige klägerische Vorgehen erklärlich erscheint. Ausnahme: § 530 Z. 3 Z. P. O. (Wiederaufnahmsklage).

[13]) A. M. Spr. Rep. Nr. 171.

[14]) Unrichtiges darüber Dr. Th. A. in G. H. 1900 S. 2 ff. Siehe oben S. 84.

Vertreters zur verständlichen Äußerung); in diesen Ausnahmsfällen wird der Vertreter als selbständig, nicht als Stellvertreter betrachtet.

Die Erteilung der Vollmacht ist eine freiwillige Handlung der Partei. Deshalb muß sie auch jenem Vertreter gegenüber erteilt werden, der für Arme oder für Parteien bestellt wird, die keinen freiwilligen Vertreter finden (§ 10 Abs. 3 Adv. O.; § 64 Z. P. O.); auch für die zum Vertreter Armer bestellten Gerichtsbeamten ist dies mangels eines entgegenstehenden Rechtssatzes erforderlich[15]) (§ 90 G. O. G.), obwohl in allen diesen Fällen zwar die Freiheit zur Vollmachtserteilung, aber keine zur Auswahl des Vertreters besteht. Die Übernahme der Vertretung ist — im Gegensatze zur gesetzlichen Vertretung — mit Ausnahme der eben genannten Fälle des § 10 Abs. 3 Adv. O., § 64 Z. P. O., § 90 G. O. G. niemandes Pflicht. Auch Advokaten sind nur zur ausdrücklichen Ablehnung der Vertretung verpflichtet, welche sie nicht übernehmen wollen (§ 10 Adv. O.); unterlassen sie diese Ablehnung, so werden sie nicht Vertreter, sondern ersatzpflichtig.

Die Vollmacht darf vom Vollmachtgeber jederzeit mit sofortiger Wirkung für den Bevollmächtigten (arg. e contr. des § 36 Abs. 2 Z. P. O.) widerrufen werden; dem Gerichte und Gegner gegenüber wirkt der Widerruf erst mit der Anzeige, im Prozesse mit Advokatenzwang erst mit der Namhaftmachung eines neuen Vertreters (§ 36 Abs. 1 Z. P. O.). Der Bevollmächtigte darf die Vollmacht vierzehntägig aufkünden (§ 36 Abs. 2 Z. P. O.); diese Frist kann im Verhältnisse zwischen ihm und dem Vollmachtgeber auch durch Vereinbarung verkürzt werden.[16]) Die Kündigung bedarf zu ihrer Wirksamkeit wohl der Erklärung an das Gericht, aber keiner Annahme; sie kann darum auch nicht einseitig zurückgenommen werden; konsequent sagt § 36 Abs. 2 Z. P. O.:[17]) „. . . bleibt . . . noch durch 14 Tage berechtigt und verpflichtet . . ." Die Vollmacht erlischt ohne Widerruf oder Kündigung ipso iure durch den Tod und die Prozeßunfähigkeit des Vertreters[18]) (arg. § 160 Z. P. O.), ferner hinsichtlich der Konkursmasse[19]) des Mandanten durch die Konkurseröffnung[20]) (§ 1024 a. b. G. B.) und für den Armenvertreter durch die Entziehung und das Erlöschen des Armenrechtes (§ 68 Z. P. O.; Art. XXXIII Einf. Ges. zur Z. P. O.); dagegen erlischt sie nicht durch den Tod oder die Prozeßunfähigkeit des Mandanten (§ 35 Z. P. O.).

III. Der Umfang der Vollmacht. Am weitesten geht die Vollmacht „zur Prozeßführung", technisch, aber nicht essentiell „Prozeß-

[15]) A. M. G. O. § 133; Skedl I. S. 336. Keiner Vollmacht bedarf lediglich der nach § 97 Abs. 2 Z. P. O. bestellte Zustellungsbevollmächtigte.

[16]) A. M. Ullmann S. 33, anscheinend durch das Wort „berechtigt" im § 36 Abs. 2 Z. P. O. veranlaßt.

[17]) Anders ist § 87 Abs. 2 dtsch. Z. P. O. textiert.

[18]) Nicht auch durch den Konkurs über sein Vermögen: Hellwig a. a. O. S. 534; teilweise a. M. Hupka S. 386.

[19]) Zu allgemein hält R. Pollak, Konkursrecht S. 128 den § 1024 a. b. G. B. aufrecht; siehe Fragenbeantwortung S. 21.

[20]) A. M. Hupka S. 388: die Vollmacht ruhe während des Konkurses.

vollmacht" genannt (§ 31 Z. P. O.; Art. 42 H. G. B.); sie hat ex lege einen bestimmten, zum Teil unbeschränkbaren Inhalt, letzteres deshalb, um den ungestörten Fortgang des Prozesses zu sichern. Sie berechtigt a) zur Vornahme aller durch den Klaganspruch provozierten Prozeßhandlungen des Erkenntnisverfahrens, zur Erhebung und Entgegennahme von Widerklagen, Hauptinterventions-, Nichtigkeits-[21]) und Wiederaufnahmsklagen sowie zur Vornahme der hiedurch hervorgerufenen Prozeßhandlungen[22]) des Erkenntnisverfahrens;[23]) b) zur Erwirkung und Durchführung des Sicherungs-[24]) und des Exekutionsverfahrens wider den Verpflichteten. Die Verteidigung gegen Einstellungsanträge ist somit inbegriffen; dagegen nicht der Antrag auf Konkurseröffnung, da der Konkurs dem Verfahren außer Streitsachen angehört,[25]) nicht die Prozeßführung über Klagen des Verpflichteten oder Beteiligter oder Dritter[26]) (z. B. nach §§ 35—37, 258 E. O.), ebensowenig die Erhebung solcher Klagen; der Verpflichtete muß also hiezu eine besondere Prozeßvollmacht erteilen; c) zum Vergleich, Verzicht und Anerkenntnis in jenen Verfahren, auf welche nach a und b die Prozeßvollmacht sich bezieht; d) zur Entgegennahme der vom Prozeßgegner zu bezahlenden Prozeßkosten; der Anspruch auf diese steht dem Bevollmächtigten nicht zu (Ausnahme: § 70 Abs. 2 Z. P. O.), sondern nur ein Inkassomandat (§ 31 Z. 1—4); e) den Advokaten — nicht auch andere Prozeßbevollmächtigte — zur Übertragung der Vollmacht an andere „für einzelne Akte oder Abschnitte des Verfahrens". Diese Übertragung ist auch „ohne Not",[27]) jedoch nicht für den ganzen Prozeß[28]) zulässig; sie soll in Berücksichtigung der österreichischen Organisation der Advokatur derselben den Geschäftsbetrieb erleichtern. Darum ist auch die Übertragung nicht bloß an Advokaten, sondern im Rahmen des Anwaltszwanges an substitutionsberechtigte,[29]) außerhalb dieses Rahmens auch an nicht sub-

---

[21]) Durch ein Redaktionsversehen ist sie im § 31 Z. P. O. nicht genannt. § 31 Z. P. O. ist aus § 77 dtsch. Z. P. O. entstanden (Materialien I. S. 208); in der deutschen Z. P. O. aber umfaßt die „Wiederaufnahme des Verfahrens" sowohl die Wiederaufnahms- als auch die Nichtigkeitsklage. Wie Text v. Canstein S. 86; Mandyczewski in Grünhuts Zeitschr. XXIV. S. 686; Neumann, Komm. I. S. 985; a. M. Skedl I. S. 310; Wachtel S. 35; Horten in G. H. 1900 S. 559.

[22]) Das Wort ist hier in einem engeren als dem üblichen Sinne verwendet; siehe unten § 74.

[23]) Im Rahmen der Vollmacht ist der Prozeßbevollmächtigte zur Entgegennahme aller Zustellungen für den Vollmachtgeber berechtigt; zu weit § 93 Z. P. O.

[24]) Ein Teil dieser Norm kommt zweimal (im § 31 Z. 1 und § 31 Z. 3 Z. P. O.) vor, wodurch § 32 Z. P. O. etwas zweifelhaft wird.

[25]) R. Pollak, Konkursrecht S. 22 ff.; v. Schrutka, Kompensation im Konkurse S. 90; Schwarz, Konkursrecht I. S. 60; a. M. Frankl in Krit. Vrtjschr. 1899 S. 215.

[26]) A. M. v. Canstein S. 86.

[27]) Also abweichend vom § 1010 a. b. G. B. Vergl. R. Pollak, Konzentration der mündlichen Streitverhandlung (G. Z. 1900 Nr. 26).

[28]) Skedl I. S. 314 Anm. 23 (überzeugend); Wachtel S. 35; a. M. Friedländer, G. Z. 1896 S. 134. Diese, den § 14 Adv. O. abändernde Beschränkung der Substitutionsbefugnis ist im Interesse der Partei und unverzichtbar.

[29]) Pfaff-Schey Nr. 101; Spr. Rep. Nr. 169 verneint im Gegensatze zur erstgenannten Entscheidung die Zulässigkeit

stitutionsberechtigte Advokaturskandidaten gestattet[30]) (§ 31 Z. P. O.). Dieser Substitut ist kein Bevollmächtigter der Partei, sondern ein solcher des Substituenten;[31]) fehlt es doch an jeder Parteierklärung jenem gegenüber. Dennoch haftet der Substituent, der sich ja durch die Substitution nur eines Rechtes bedient, im Zivilprozesse der Partei nur[32]) für eine unrichtige Information des Substituten und für culpa in eligendo.

Von diesem Vollmachtsinhalte sind lediglich die Punkte b und c ausschaltbar;[33]) daß die Prozeßvollmacht in diesen Punkten beschränkt sei, hat überdies nur dann eine prozessuale Bedeutung, wenn es aus der Vollmachtsurkunde ersichtlich ist und überdies dem Gegner[34]) wie immer[35]) mitgeteilt wird (§ 32 Z. P. O.).

Durch diese Normen über die Prozeßvollmacht sichert das Gesetz die ungestörte Prozeßführung. Der Bevollmächtigte hat in ihrer Folge eine derartige Macht, daß er im Prozesse wirklich die Partei vorstellen und sich niemals auf einen Mangel im Inhalte seiner Vollmacht berufen kann; aus dieser Zwecksbestimmung heraus sind auch etwa auftauchende Zweifel über den Umfang der Prozeßvollmacht zu lösen. Das Gesetz begünstigt denn auch die Erteilung gerade von Prozeßvollmachten dadurch, daß in der Erteilung der Prokura jene der Prozeßvollmacht steckt (Art. 43 H. G. B.), daß das Gesetz sie sowohl an Advokaten als an andere Bevollmächtigte zu erteilen gestattet, daß an Advokaten nur Prozeßvollmachten für die Vertretung im Prozesse erteilt werden dürfen[36]) (arg. § 33 Z. P. O.), so daß ein Advokat durch eine andere Vollmacht überhaupt nicht als Vertreter legitimiert wird, und endlich daß die Prozeßvollmachten sowohl für den einzelnen Prozeß als auch als Generalprozeßvollmachten zulässig sind. Diese Begünstigung der Prozeßvollmachten ist auch prozeßpolitisch gerechtfertigt, weil sie wenigstens zum Teile die Nachteile der allgemeinen Vertretungsfreiheit (siehe 1) beseitigt.

Ganz natürlicherweise spielt daneben die Vollmacht zur Vornahme „einzelner bestimmter Prozeßhandlungen" (§ 33 Z. P. O.) im

---

einer Beschwerde an den obersten Gerichtshof gegen die Verweigerung der Substitutionsbefugnis. — Der terminus „substitutionsberechtigt" im § 31 Z. P. O. bezieht sich auf den Anwaltsprozeß.

[30]) Skedl I. S. 316 Anm. 25 (überzeugend) und die ganze Praxis; für eine weitergehende Substitutionsbefugnis war früher u. a. auch R. Pollak in G. Z. 1896 S. 407 und ist neuerdings Tilsch S. 245.

[31]) Demelius S. 202.

[32]) Pfaff-Schey Nr. 357, 1246; Nowak IV. Nr. 723; a. M. Gl. U. Nr. 3311, 8666. Für die Substitution auf Grund (nicht des Gesetzes, sondern) der Ermächtigung des Mandanten regelt § 1010 a. b. G. B. die Haftung.

[33]) Eine Beschränkung der Prozeßvollmacht auf eine Instanz ist daher unzulässig; eine derartige Vollmacht ist aber auch keine solche zur Vornahme „einzelner bestimmter Prozeßhandlungen"; a. M. Wachtel S. 34.

[34]) Das Gericht erfährt es aus der vorgelegten Vollmacht.

[35]) Neumann, Komm. I. S. 195; Wachtel S. 36; eine besondere Anzeige fordert Skedl I. S. 321 Anm. 45.

[36]) Neumann, Komm. I. S. 189 Anm. 4; Trutter S. 336; a. M. Skedl I. S. 324; Ullmann S. 33; Wachtel S. 36 (für den Parteiprozeß); v. Canstein S. 87 erklärt, die einem Advokaten zu einzelnen Prozeßhandlungen erteilte sei ex lege eine Prozeßvollmacht.

Gesetze und in der Praxis eine geringe Rolle. Sie ermächtigt den Vertreter lediglich zur Vornahme der betreffenden einzelnen Prozeßhandlungen, darf also — ganz im Geiste der Zivilprozeßordnung — z. B. nicht für eine ganze Instanz erteilt werden.[37]) Hiedurch sichert sie den Vertretenen allerdings gegen Auftragsüberschreitungen des Bevollmächtigten. Allein er muß dafür mit schlechter qualifizierten Vertretern vorlieb nehmen, da diese Vollmacht Advokaten nicht mit Wirkung erteilt werden kann (arg. §§ 31, 33 Z. P. O.); schon daraus folgt, daß sie im Anwaltsprozeß unverwendbar ist.

Über die Zustellungsvollmacht siehe § 26 III.

IV. Die Prüfung der Vollmacht.[38]) Die Vollmachtserteilung ist eine Prozeßvoraussetzung, falls ein Bevollmächtigter einschreitet; ihr Mangel ist daher von Amts wegen zu berücksichtigen (§ 37 Z. P. O.), jederzeit rügbar (§ 196 Z. P. O.) und unverzichtbar.[39]) Fehlt ihr Nachweis in Schriftsätzen, mag deren Überreichung an eine Prozeßfrist gebunden sein oder auch nicht,[40]) so ist die Behebung dieses Mangels zu veranlassen und zu diesem Zwecke bei befristeten Schriftsätzen auch eine unerstreckbare Reproduzierungsfrist zu setzen (§ 37 Z. P. O.); auch zur Vornahme einzelner dringlicher Prozeßhandlungen gegen Nachtragung der Vollmacht innerhalb erstreckbarer Frist darf der Vertreter provisorisch und auf eigene Gefahr sowohl für Schriftsätze als auch für Verhandlungen (gegen Sicherheitsleistung oder ohne solche) zugelassen werden[41]) (§ 38 Z. P. O.), wovon die Gerichte mit Recht keinen engherzigen Gebrauch machen.[42]) Allein es handelt sich in beiden Fällen nur um Provisorien. Vor der Beibringung des Vollmachtsnachweises darf darum keine Sachentscheidung auf Grund der Handlungen des Vertreters ergehen. Wird er nicht erbracht, so ist derjenige, der handeln sollte, säumig; soll erst ein Verfahren eingeleitet werden, so ist dies nun abzulehnen; die Zustellung an einen Nichtbevollmächtigten ist keine ordnungsmäßige Zustellung.

Die Stellung des provisorisch zugelassenen Bevollmächtigten zur Vornahme von Prozeßhandlungen „auf eigene Gefahr" ist dadurch gekennzeichnet, daß er dann dem Gegner seines Vollmachtgebers persönlich für den Ersatz jener „Kosten und Schäden" aufzukommen hat, welche durch die Tatsache seiner provisorischen Zulassung, wenn auch ohne sein Ver-

[37]) Es würden denn alle Prozeßhandlungen dieser Instanz aufgezählt. Das Gesetz hat die Erteilung dieser Vollmachtsart absichtlich erschwert.

[38]) Skedl I. S. 338 ff.; Eisler, Prozeßvoraussetzungen S. 23, 37.

[39]) Darum hat hier das Geständnis keine gesetzliche Beweiskraft; Skedl I. S. 340. Vergl. § 30 Abs. 2 Z. P. O.

[40]) Nur als die wichtigsten Fälle sind im § 37 Z. P. O. die Klage und Klagbeantwortung genannt; es handelt sich nicht um eine Ausnahmsvorschrift (so Skedl I. S. 343 Anm. 21; Wachtel S. 33), sondern um ein nur für den wichtigsten Fall ausgesprochenes Prinzip. A. M. auch Neumann, Komm. I. S. 206 aus anderen Gründen; Demelius S. 208; wie Text v. Fürstl I. S. 68.

[41]) Dagegen kein abgesondertes Rechtsmittel (§ 38 Abs. 3 Z. P. O.).

[42]) Die Zulassung geschieht vor Gerichtshöfen durch den Senat; findet jedoch die Verhandlung vor dem Vorsitzenden allein oder einem sonstigen Einzelrichter oder vor einem beauftragten Richter statt, durch diesen (§ 37 Z. 1 G. O. G.).

schulden entstanden sind, wenn die Vorlegung der Vollmachtsurkunde nicht erfolgt (§ 38 Z. P. O.).

Diese Ersatzpflicht ist an sich keine Prozeßkostenersatzpflicht im technischen Sinne;[43]) denn der Bevollmächtigte hat keine Parteistellung, überhaupt keine selbständige Stellung im Prozesse und überdies erstreckt sich seine Pflicht nicht nur auf den Ersatz der Kosten, sondern auch auf jenen der — natürlicherweise davon verschiedenen — Schäden. Dennoch behandelt sie das Gesetz zum Teile bestimmt als Kostenersatzpflicht,[44]) da sich arg. § 38 Abs. 3 Z. P. O. ergibt, daß die Entscheidung über diese Ersatzansprüche im anhängigen Verfahren und mit Beschluß ergehen solle, während man nach der Natur dieser Ersatzansprüche erwarten sollte, daß sie mit Klage gegen den Bevollmächtigten geltend gemacht und mit Urteil erledigt werden. Es fragt sich nur, ob als Konsequenz des § 38 Abs. 3 Z. P. O. auch anzunehmen ist, daß alle Ersatzansprüche für Kosten und Schäden gegen den Bevollmächtigten präkludiert sind (§ 54 Z. P. O.), welche nicht im anhängigen Verfahren geltend gemacht werden. Die herrschende Lehre bejaht unterschiedlos. Die Konsequenz dieser Bejahung ist die unbeachtete Tatsache, daß der Schadenersatzanspruch hiedurch auf liquide Schäden (allenfalls auf mit Hilfe des § 273 Z. P. O. liquidierbare) beschränkt wird. So zweckmäßig nun dieses Ergebnis auch hinsichtlich der Kostenersatzansprüche ist, deren rechtzeitige Liquidstellung der Partei stets möglich ist, so wenig vermöchte man dasselbe hinsichtlich der Schadenersatzansprüche zu billigen, die vielleicht erst in der Folge entstehen; Rücksichten der Prozeßökonomie reichen da zur Rechtfertigung des Ausschlusses solcher Ersatzansprüche nicht hin. Da nun § 54 Z. P. O. lediglich für die Kostenansprüche eine Präklusion androht, und da überdies § 38 Z. P. O. die Beschlußform für die Entscheidung nur implicite voraussetzt, gar nicht explicite vorschreibt,[45]) ist die Meinung berechtigt: der Kostenersatzanspruch gegen den Bevollmächtigten muß bei sonstiger Präklusion im anhängigen Verfahren geltend gemacht werden, nicht auch der Schadenersatzanspruch.[46])

V. Pseudovertreter und negotiorum gestor. Auch ein negotiorum gestor darf, wie ein Bevollmächtigter ohne Urkunde, vom Gerichte (gegen Sicherheitsleistung oder ohne solche) zur einstweiligen Vertretung einer Prozeßpartei zugelassen werden[47]) (§ 38 Abs. 2 Z. P. O.), wenn er dies beantragt, und wenn die von ihm vorzunehmenden Prozeßhandlungen für jene Partei dringlich sind, deren Geschäfte er führen will.

[43]) A. M. Skedl I. S. 353; Demelius S. 209.

[44]) Vergl. Skedl I. S. 353 Anm. 53; Demelius S. 209; Neumann, Komm. I. S. 208; teilweise a. M. Wachtel S. 43.

[45]) § 89 dtsch. Z. P. O. kann nicht herangezogen werden; siehe § 85 alte Zählung.

[46]) War es überflüssig, den Schaden mit abgesonderter Klage geltend zu machen, so treten Kostenfolgen ein (§ 41 Z. P. O.).

[47]) So die herrschende Lehre gegen Wachtel S. 41; die Beanständung des Textes des § 38 Z. P. O. durch Demelius S. 210 ist nicht begründet; warum schließt diese Textierung („ohne die erfolgte Bevollmächtigung nachweisen zu können") den negotiorum gestor aus?

Die rechtlichen Beziehungen zwischen ihm und dieser Partei richten sich nach bürgerlichem Rechte, jene zum Gerichte und Gegner nach § 38 Z. P. O. Darnach hat der negotiorum gestor innerhalb der ihm gesetzten erstreckbaren Frist die Genehmigung „jener Prozeßhandlungen" durch die Partei beizubringen; diese Genehmigung, ein einseitiger, weder der Annahme durch den Prozeßgegner noch der Zustimmung des negotiorum gestor bedürftiger Rechtsakt, muß nach dem sehr gerechtfertigten Wortlaute des § 38 Z. P. O. eine völlige[48]) sein, das heißt alle ein bestimmtes Verfahren, z. B. ein bestimmtes Erkenntnisverfahren[49]) betreffenden Prozeßhandlungen des negotiorum gestor betreffen. Bis entschieden ist, ob der negotiorum gestor rechtzeitig eine solche Genehmigung beizubringen vermag, befindet sich der Prozeß in einem Schwebezustande mit den Wirkungen eines normalen Prozesses. Wird die Genehmigung erteilt, so bleibt es dabei; wird sie versagt, so wirken die Handlungen des negotiorum gestor nicht für die Partei, deren Geschäfte er geführt hat,[50]) und er haftet wie ein Bevollmächtigter ohne schriftliche Vollmacht dem Prozeßgegner für alle durch seine Geschäftsführung, wenn auch ohne sein Verschulden entstandenen Kosten und Schäden (§ 38 Z. P. O.).

Ein Pseudovertreter bezeichnet sich als Vertreter. Wird er in der Folge ein ordnungsgemäßer Vertreter vor der Entdeckung, so behebt dies den Mangel (§ 477 Z. 5 Z. P. O.); andernfalls ist die Nichtigkeit des Verfahrens die Folge (§ 477 Z. 5 Z. P. O.; § 529 Z. 2 Z. P. O.), insoweit er an ihm statt der Partei teilgenommen hat (§ 478 Z. P. O.). Die Haftungsfrage ist vom Gesetze nicht ausdrücklich beantwortet. Im Verhältnisse des Pseudovertreters zu „seiner" Partei entscheidet das bürgerliche Recht, im Verhältnisse zum Prozeßgegner wird man bei der Wahl zwischen der Analogie nach § 38 Z. P. O. und jener nach § 49 Z. P. O. sich für die erstere entscheiden, den Pseudovertreter gleich dem negotiorum gestor ohne Rücksicht auf sein Verschulden für den Ersatz der von ihm verursachten Kosten und Schäden haften lassen müssen,[51]) da kein zureichender Anlaß vorliegt, hier von dem den Zivilprozeß beherrschenden (siehe z. B. §§ 38, 41 Z. P. O.) Prinzip der Kausalhaftung zu dem im Prozesse die Ausnahme darstellenden der Schuldhaftung überzugehen.

§ 28. Die Bevollmächtigten.

I. Indem das Gesetz in Übereinstimmung mit dem früheren Rechte den Parteien stets gestattet, sich vertreten zu lassen, trägt es in den Prozeß eine große Gefahr, nämlich jene, daß Personen als Vertreter

[48]) A. M. Skedl I. S. 347; Wach I. S. 599.

[49]) Die Genehmigung kann sich z. B. auf den Prozeß über die Klage beschränken, die Widerklage nicht umfassen; Wach I. S. 600.

[50]) Unter Umständen bewirkt das freilich keine Änderung der Situation; so z. B. nicht, wenn die Klage dem Beklagten, für den negotia geriert wurde, ordnungsgemäß zugestellt wurde, und wenn dieser nun säumig ist.

[51]) Skedl I. S. 352; Neumann, Komm. I. S. 208 Anm. 2; so jetzt auch § 89 dtsch. Z. P. O.; über das frühere Recht Wach I. S. 603.

erscheinen, welchen die erforderliche Fähigkeit zur Aufnahme der Information von der Partei, zur gehörigen Prozeßvorbereitung und zum richtigen Parteivortrage abgeht; überdies entsteht die Gefahr, daß unlautere Elemente (Winkelschreiber) sich gewerbemäßig der Parteivertretung widmen. Diesen Gefahren beugt die Zivilprozeßordnung durch die Einschränkung des Kreises zulässiger Vertreter vor. Jede Partei darf sich vertreten lassen, aber sie darf nicht jedermann zum Vertreter bestellen. Gemäß der verschiedenen Wichtigkeit der Agenden eines Zustellungsbevollmächtigten und eines anderen Vertreters sind für diese die Grenzen enger als für jene gezogen.

Als Prozeßbevollmächtigte dürfen einschreiten: a) vor den ordentlichen Zivilgerichten: die Finanzprokuratur,[1]) die Advokaten, Notare, jede eigenberechtigte prozeßfähige Person männlichen Geschlechtes,[2]) die kein Winkelschreiber[3]) ist (§ 29 Z. P. O.), in Bagatellsachen auch die, wenn auch minderjährige[4]) Ehefrau der Prozeßpartei (§ 449 Z. P. O.), für arme Parteien Gerichtsbeamte (§ 64 Z. 4 Z. P. O.; § 90 G. O. G.); b) vor den Börsenschiedsgerichten die Finanzprokuratur, die Advokaten, die Börsemitglieder und Börsebesucher, die Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten[5]) und Handlungsgehilfen[6]) der Parteien, endlich auch jene Schiedsrichter, die weder Börsebesucher noch Börsemitglieder sind[7]) (Art. XVI, XX Einf. Ges. zur Z. P. O.); c) vor den Gewerbegerichten: Angehörige,[8]) Geschäftsführer und Angestellte der Parteien, ferner im Falle der Verhinderung der Partei am Erscheinen[9]) sowie im Falle ihrer tatsächlichen[10]) Unfähigkeit zur Wahrung ihrer Rechte (siehe § 185 Z. P. O.) ihre Berufsgenossen (§ 25 Gew. Ger. Ges.); die Eigenberechtigung oder männliches Geschlecht sind hier keine Erfordernisse[11]) (arg. § 22 Gew. Ger. Ges.); Advokaten und Notare als solche sind zweckwidrigerweise von der Ver-

---

[1]) Nur für bestimmte Prozeßparteien.

[2]) Daher nicht minderjährige oder weibliche Prokuristen.

[3]) Wer Winkelschreiber ist, sagt die J. M. Vdg. vom 8. Juni 1857 Nr. 114 (Art. IV Einf. Ges. zur Z. P. O.).

[4]) A. M. v. Fürstl I. S. 662. Die Norm stammt aus dem früheren Bagatellverfahren, in welchem minderjährige Vertreter zulässig waren; Ullmann, Das (frühere) Zivilprozeßrecht, 3. Aufl. S. 444.

[5]) Sie fehlen, wie die Zulassung der Handlungsgehilfen ergibt, nur durch ein Redaktionsversehen im Art. XX Einf. Ges. zur Z. P. O.

[6]) Auch weibliche (arg. Art. XX Einf. Ges. zur Z. P. O.); natürlich auch weibliche Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte.

[7]) Art. XX Einf. Ges. zur Z. P. O. nennt überflüssigerweise noch „öffentliche Gesellschafter . . . der Parteien", die ja Parteien, und „gesetzlich bestellte Kuratoren und Abhandlungspfleger", die gesetzliche Vertreter sind.

[8]) Nach dem Sprachgebrauche und nicht nach § 321 Z. P. O. zu interpretieren (arg. § 22 Gew. Ger. Ges.); a. M. Kern in G. Z. 1901 S. 27.

[9]) Sie ist nur glaubhaft zu machen (§ 25 Gew. Ger. Ges.).

[10]) Das Wort fehlt im § 25 Gew. Ger. Ges.; aber bei einer rechtlichen Unfähigkeit liegt die Prozeßunfähigkeit vor.

[11]) A. M. Kern a. a. O. Wie Text Gew. Entsch. Nr. 336.

tretung vor dem Gewerbegerichte ausgeschlossen;[12]) d) vor den anderen Sondergerichten die sub a genannten Personen.[13])

Die Zustellungsvollmacht untersteht nicht den sonstigen Normen über die Vollmacht; sie wird vom Gesetze abgesondert behandelt. Als Zustellungsbevollmächtigter darf erscheinen jede am Orte des Prozeßgerichtes wohnende[14]) erwachsene, wenn auch nicht volljährige, hinreichend verständige Person männlichen oder weiblichen Geschlechtes.[15])

Wer eine Person zum Bevollmächtigten bestellt, welche diese Vollmacht oder die Vollmacht vor diesem Gerichte nicht ausüben darf, ist nicht vertreten, daher säumig; so z. B. jene Partei, die einen Advokaten vor das Gewerbegericht, einen Minderjährigen oder einen Winkelschreiber vor das ordentliche Gericht entsendet.

II. Die Advokaten[16]) sind rechtskundige Personen, welche die Befugnis zur berufsmäßigen Parteienvertretung vor allen Behörden Österreichs (mit Ausnahme der Gewerbegerichte) sowohl in öffentlichen als in privaten Angelegenheiten haben. Die Advokatur ist kein Amt,[17]) sondern ein freier Beruf. Ihre Ausübung beruht auf dem Nachweise gesetzlicher Erfordernisse und der angenommenen Ausübungserklärung des einzelnen; eine Zulassung oder Ernennung durch staatliche Behörden findet nicht statt (Freiheit der Advokatur). Auf diesem Standpunkte der freien Advokatur stand schon abweichend vom gemeinrechtlichen Prozesse die allgemeine Gerichtsordnung im wesentlichen, indem sie im § 411 den Appellationsgerichten auftrug, jeden tauglich Befundenen zur Advokatur zuzulassen, „ohne auf eine Anzahl oder auf einen Unterschied der Gerichte zu sehen". Auch die westgalizische Gerichtsordnung stand im § 543 noch auf diesem Standpunkte, der dem Bewerber ein Recht auf die Zulassung zur Advokatur an der von ihm gewählten Stelle gab. Aber bald nach der westgalizischen Gerichtsordnung änderte sich die Situation. Infolge behaupteter Überfüllung des Standes wurde der Zutritt zur Advokatur mit Hofd. vom 12. April 1802, J. G. S. Nr. 557, durch die Sistierung der Advokatenprüfungen tatsächlich und sodann seit 1822 schrittweise durch die Fixierung eines numerus clausus und die Übertragung der Ernennung der Advokaten an die oberste Justizstelle rechtlich gesperrt; die provisorische Advokatenordnung vom 16. August 1849 Nr. 364 behielt die Ernennung dem Justizminister vor. Seit der Advokatenordnung vom 6. Juli 1868

[12]) R. Pollak im Österr. Staatswörterbuch II. S. 1676; Kern a. a. O.; Gew. Entsch. Nr. 15; Über das gesetzgeberische Problem R. Pollak im Arch. f. soziale Gesetzgebung IX. S. 155 ff.; X. S. 272 ff.

[13]) Die Patentanwälte sind nach § 13 der Vdg. vom 15. September 1898 Nr. 161 von der Vertretung in „Streitigkeiten über die Zurücknahme, Nichtigerklärung oder Aberkennung eines Patentes" ausgeschlossen. Siehe auch § 67 Pat. Ges.

[14]) Die Ausnahme für Streitgenossen normiert § 97 Z. P. O.

[15]) Ullmann S. 42; Neumann, Komm. I. S. 340; a. M. Skedl I. S. 304.

[16]) Keller, Römischer Z. P. § 55; Wetzell, System (3. Aufl.) S. 58 ff.; Johanny, Parteienvertretung in Österreich (1878; mir nicht zugänglich); Diehl, Die Advokatur (G. H. 1895 Nr. 9—11); Ullmann im Österr. Staatswörterbuch I. S. 30 ff.

[17]) A. M. Diehl a. a. O. S. 89.

Nr. 96 besteht wieder die neuerdings mehrfach angefochtene Freiheit der Advokatur.

Sie beruht auf folgenden Grundsätzen: die Zulassung ist an gesetzliche Voraussetzungen geknüpft, deren Nachweis den Anspruch auf die Zulassung gibt; die Wahl des Ortes der Berufsausübung ist frei; auch eine lokale Beschränkung des einzelnen Advokaten findet nicht statt,[18]) so daß jeder Advokat ohne irgend eine Rücksicht auf seinen Wohnsitz an jedem inländischen Orte und vor jeder Behörde seinen Beruf ausüben darf; die einzelne Vertretung kommt durch die freie Wahl des Vertreters und des Vertretenen zustande: keine Zuweisung bestimmter Agenden (Ausnahmen: § 10 Adv. O.; § 64 Z. P. O.) und kein Zwang zur Übernahme der Vertretung (dieselben Ausnahmen), sondern freier Wettbewerb; der Stand ist als solcher organisiert und besorgt seine Standesangelegenheiten unter der Oberaufsicht des Justizministers und fast ohne eine Ingerenz der Gerichte (§ 33 Adv. O.)[19]) selbst. Diese Organisation bezweckt, dem Beamtenorganismus einen Stand zur Vertretung der Rechte der einzelnen Untertanen entgegenzustellen. Um diese Aufgabe von hohen Gesichtspunkten aus erfüllen zu können, muß dieser Stand natürlicherweise sich eines unbedingten Ansehens und Vertrauens in der Bevölkerung, und es muß jedes Standesmitglied sich nicht nur desselben Ansehens erfreuen, sondern auch zu den Höchstgebildeten gehören. Ein depravierter Advokatenstand ist der Fluch des Landes, dem er angehört; eine hochstehende Advokatur aber hebt geradewegs die Rechtsprechung und Verwaltung trotz der anscheinenden Schwierigkeiten, die sie ihr bereitet.

a) Die gesetzlichen Erfordernisse zur Ausübung der Advokatur können nicht wohl höher gespannt werden, als dies geschehen ist; sie sind: österreichisches Heimatsrecht, Eigenberechtigung, Unbescholtenheit,[20]) abgelegte juridische Studien, drei Staatsprüfungen, das juridische Doktorat,[21]) die ungewöhnlich lange Lehrzeit von sieben Jahren bei Gericht und einem Advokaten[22]) oder die fünfjährige Verwendung als Rat eines Gerichtshofes[23]) (§§ 1, 2, 6 Adv. O.), die Ablegung der Advokatenprüfung[24]) und des Advokateneides. Sind diese Erfordernisse erfüllt, so wählt der Bewerber nach Ermessen seinen Sitz, zeigt dies dem Ausschusse der

[18]) Anders in Deutschland (sog. lokalisierte Advokatur).

[19]) Ausnahmen: §§ 86, 199 ff. Z. P. O. Einen Rechtszug wider Beschlüsse der Standesorgane an die Gerichte gibt es nur, wo er expresse eröffnet ist. Vergl. Nowak IV. Nr. 634, 710; Spr. Rep. Nr. 166 (Rechtszug an den O. G. H. gegen die erst vom O. L. G. bewilligte Eintragung in die Liste der Advokaturskandidaten ist zulässig).

[20]) Siehe die Details im § 6 Adv. O.; §§ 14, 19, 20 des Ges. vom 1. April 1872 Nr. 40.

[21]) Eine kaum zu rechtfertigende Belastung der Advokatur und Gefährdung des Doktortitels, die freilich schon seit § 410 a. G. O. besteht.

[22]) Sie darf zum Teile auch bei der Finanzprokuratur, nicht aber beim Notariat vollstreckt werden; Z. E. Nr. 215.

[23]) In diesem Falle entfällt das Erfordernis des Doktorats.

[24]) Über ihre Voraussetzungen Jud. B. Nr. 139: mindestens ein Jahr Gerichtshofspraxis; mindestens drei Jahre Praxis bei einem österreichischen Advokaten oder der Finanzprokuratur; das juridische, wann immer vor der Prüfung erworbene Doktorat.

Advokatenkammer dieses Sprengels an, und dieser hat ihn als Advokaten einzutragen.[25]) Wie durch den Nachweis der Erfordernisse das Recht auf die Eintragung, so erwirkt der Betreffende nun durch die Eintragung das Recht zur Parteienvertretung in ganz Österreich (§§ 7, 8 Adv. O.).[26])

Die Advokaten sind territorial in Advokatenkammern organisiert, deren Sprengel der Justizminister nach Einvernehmen der bestehenden Kammern festsetzt (§ 22 Adv. O.); diese Kammern sind Zwangsvereinigungen zur Besorgung der Standesangelegenheiten, als Organe haben sie die Plenarversammlung und die von dieser gewählten Ausschüsse und Disziplinarräte (§§ 23 ff. Adv. O.; §§ 1, 2 des Ges. vom 1. April 1872 Nr. 40). Der letztere übt, zum Teile mit den Gerichten konkurrierend, die Disziplinargewalt über die Advokaten seines Sprengels zur Aufrechterhaltung von Ehre und Ansehen des Standes und zur Wahrung der Berufspflichten. Von der Energie und Gewissenhaftigkeit dieser Disziplinarräte hängt darum zum nicht geringen Teile das Ansehen des Standes beim Publikum ab.

b) Über die Stellung des Advokaten als Prozeßbevollmächtigten dem Gerichte gegenüber siehe § 27 II.

Im Verhältnisse zum Klienten gilt folgendes: grundsätzlich liegt ein privates Rechtsverhältnis zwischen beiden vor, so daß der Klient nicht gezwungen ist, einen bestimmten Advokaten zu wählen, und dieser nicht gezwungen, die Vertretung eines bestimmten Klienten zu übernehmen; es verbindet sich der Regel nach mit der Vollmachtserteilung ein rein privatrechtlicher Auftrag und dessen Annahme, von denen sich nach außen hin nur die Vollmacht zeigt. Nur ausnahmsweise besteht eine Pflicht entweder zur Übernahme der Vertretung oder zu ihrer Ablehnung; die erste für arme[27]) und für solche zahlungsfähige Parteien, die keinen freiwilligen Vertreter finden (§ 10 Adv. O.; § 64 Z. P. O.); die zweite in Fällen, in denen der Advokat die Gegenpartei vertritt oder vertreten hat,[28]) oder in denen er als Richter oder Staatsanwalt tätig war (§ 10 Adv. O.).

Die übernommene Vertretung muß der Advokat in einer Weise führen, welche „seiner Vollmacht, seinem Gewissen und den Gesetzen"

[25]) Rechtszug an die Advokatenkammer und an den obersten Gerichtshof (§ 7 Abs. 3 Adv. O.). Über das Übersiedlungsrecht des Advokaten siehe § 21 Adv. O., über die Eintragung der Advokaturskandidaten § 30 Adv. O.; Spr. Rep. Nr. 166.

[26]) Die Berechtigung zur Advokatur endet: durch den Verlust der Eigenberechtigung, des Heimatsrechtes, durch die Annahme eines besoldeten Staatsamtes mit Ausnahme des Lehramtes, durch Ernennung zum Notar, durch Verzicht, durch Disziplinar- und Straferkenntnis (§ 34 Adv. O.).

[27]) Hier erfolgt die Zuweisung durch den Kammerausschuß; § 10 Abs. 3 Adv. O. In diesen Fällen darf der Klient die Vollmacht widerrufen, der Advokat aber nicht ohneweiters kündigen, sondern muß zuerst beim Prozeßgerichte, respektive dem Ausschusse seine Enthebung beantragen (Art. XXXIII Einf. Ges. zur Z. P. O.), weil die Prozeßführung aus irgend einem Grunde (einschränkend Rotschedl in G. Z. 1897 S. 269) mutwillig oder aussichtslos sei. Vergl. Petschek in Jur. Bl. 1900 Nr. 43 f.

[28]) O. G. H. vom 23. Jänner 1902, Z. 9439, G. Z. 1903 S. 39; dtsch. R. G. VII. S. 404 f.

entspricht; die Partei darf auf seinen Eifer,[29]) seine Treue und seine Gewissenhaftigkeit sowie auf seine Verschwiegenheit und seine Sachkunde rechnen (§ 9 Adv. O.; § 1299 a. b. G. B.); diese Pflicht zur Verschwiegenheit berechtigt (und verpflichtet) den Advokaten zur Ablehnung der Zeugenaussage über das, was ihm als solchen von seiner Partei anvertraut wurde (§ 321 Z. 4 Z. P. O.). Im Zivilprozesse vermag der Advokat mit Wirkung nur eine Prozeßvollmacht zu übernehmen; siehe darüber und über die Substitutionsbefugnis § 27 III. Die Vertretung ist im Zivilprozesse dem Klienten gegenüber[30]) präsumtiv[31]) entgeltlich, und zwar derart, daß entweder ein bestimmtes Honorar vereinbart wird, oder daß sich dasselbe in Ermanglung des Übereinkommens nach dem Advokatentarife, und insoweit dieser keine Bestimmung enthält, nach dem — lediglich für die Honorierung hier anwendbaren (arg. § 17 Adv. O.) — § 1152 a. b. G. B. richtet (§§ 16, 17 Adv. O.). Nun besitzen wir einen Advokatentarif nur für Kurrentien, und dieser gilt dem Klienten gegenüber nicht einmal notwendigerweise (§ 2 der J. M. Vdg. vom 11. Dezember 1897 Nr. 293); so ist denn das Regelmäßige die Honorarbestimmung durch das Prozeßgericht erster Instanz[32]) im Verfahren außer Streitsachen[33]) (Art. V Einf. Ges. zur Z. P. O.), sei es auf Antrag des Klienten,[34]) sei es auf jenen des Advokaten. Der auf diese Weise ermittelte[35]) Honoraranspruch des Advokaten ist dann rechtsschutzfähig, kann eingeklagt werden.[36])

III. Die Notare[37]) sind italienischen Ursprunges und in Österreich erst seit 1850 von Bedeutung (siehe S. 30 f.). Sie sind vom Staate ernannte Personen zur Aufnahme von Urkunden mit publica fides, Verwahrung von solchen und Geld und Wertpapieren (§ 1 Not. O.) sowie zur Unterstützung des Staates als Gerichtskommissäre (§ 183 des Ges. vom 21. Mai 1855 Nr. 94); nebenher dürfen sie auch als Erwerbszweig Privaturkunden und Parteieingaben im Verfahren außer Streitsachen verfassen (§ 5

[29]) Pfaff-Schey Nr. 925.

[30]) Dem Gegner gegenüber besteht kein Kostenanspruch; Ausnahme: § 70 Z. P. O.

[31]) Pfaff-Schey Nr. 236.

[32]) Z. E. Nr. 208.

[33]) Also ohne daß Kosten dieses Verfahrens zuzusprechen sind; in der Praxis pflegen die Kosten erster Instanz dem Antragsteller zugesprochen zu werden, dagegen die Rekurskosten auch dem erfolgreichen Rekurrenten nicht.

[34]) Pfaff-Schey Nr. 436. Vergl. auch den in Z. E. Nr. 271 referierten Fall (der Zessionar des Advokaten hatte den Kostenbestimmungsantrag gestellt).

[35]) Bei der gerichtlichen Bestimmung ist nicht nur die Höhe der einzelnen Ansätze, sondern auch — abweichend vom früheren Rechte — die Notwendigkeit der einzelnen Vertreterhandlungen zu prüfen (Art. V Abs. 5 Einf. Ges. zur Z. P. O.). Im Zivilprozesse über die Zahlung der auf diese Weise bestimmten Kosten darf dann konsequenterweise die Frage dieser Notwendigkeit ebensowenig wieder aufgerollt werden, als jene der Angemessenheit der Ansätze.

[36]) Ohne eine solche vorhergehende Honorarbestimmung aber nur bei Vereinbarung oder Anerkenntnis; Pfaff-Schey Nr. 227. Für Strafkosten siehe Amschl in G. Z. 1902 S. 194 ff.

[37]) Graf Thorinsky, Das Notariat und die Verlassenschaftsabhandlung in Österreich (1877) S. 236 ff.; Prutz, Zur Geschichte des öffentlichen Notariats in Ungarn (Zeitschr. für Notariat 1902 Nr. 11 ff.).

Not. O.). Im Zivilprozesse dürfen sie — ohne einen Erwerbszweig daraus zu machen[38]) — vor den ordentlichen Zivilgerichten im Nichtanwaltsprozesse Parteivertreter sein (§ 33 Z. P. O.), stehen hinsichtlich des Honoraranspruches[39]) (§ 4 des Ges. vom 26. März 1890 Nr. 58; Art. IV Z. 3 Einf. Ges. zur Z. P. O.), der Beglaubigung der Vollmacht und des Rechtes zur Selbstvertretung im Anwaltsprozesse dem Advokaten (§§ 28, 30, 42 Z. P. O.), in allen anderen Richtungen dem „gemeinen Bevollmächtigten" gleich.

IV. Die k. k. Finanzprokuratur[40]) ist (u. a.) der rechtsanwaltschaftliche Vertreter des Staates, der von demselben verwalteten und dotierten Fonde, Kirchen, Pfründen und anderen Vermögenschaften in Zivilsachen (Art. IV Einf. Ges. zur Z. P. O.; § 1 der Vdg. vom 9. März 1898 Nr. 41); sie bildet gewissermaßen eine Ergänzung der Staatsanwaltschaft. Zur Vertretung des Staates vor Gericht ist sie dann berufen, wenn der Staat oder einer der im § 2 l. c. taxativ aufgezählten Fonde Prozeßpartei ist, oder wenn ein anderes der im § 2 genannten Rechte zu vertreten ist, oder wenn zum Schutze öffentlicher Interessen das Einschreiten einer Staatsbehörde vor Gericht als zulässig erscheint und hiezu die Finanzprokuratur von der zuständigen Behörde[41]) in Anspruch genommen wird (§ 2 der Vdg. vom 9. März 1898 Nr. 41). Die Sitze der Finanzprokuratur sind in Landeshauptstädten (eine Expositur in Krakau) mit dem Sprengel für ein oder mehrere Kronländer. Sie ist eine bureaukratisch organisierte Behörde, deren einzelner Beamter daher an die Weisungen des Finanzprokurators intern gebunden ist; nach außen hin aber hat er ex lege die sonst aus einer Prozeßvollmacht fließenden Rechte und die Stellung eines Advokaten (§ 27 Abs. 3 Z. P. O.; § 15 der zit. Vdg.).

Zur Entlastung der k. k. Finanzprokuratur werden im geringen Umfange die k. k. Steuerämter[42]) (Vdg. vom 18. Jänner 1898 Nr. 28), die Forst- und Domänendirektionen (Vdg. vom 6. Februar 1893 Nr. 30) und die Advokaten (§ 15 der Vdg. vom 9. März 1898 Nr. 41) herangezogen.

Über die örtliche Zuständigkeit der Finanzprokuraturen siehe §§ 74, 75 J. N., § 4 der Vdg. vom 9. März 1898 Nr. 41.

V. Gemeine Bevollmächtigte handeln präsumtiv unentgeltlich (§ 1004 a. b. G. B.); keinesfalls darf der Prozeßgegner zum Ersatze der durch ihre Beiziehung verursachten Prozeßkosten verhalten werden (§ 42

---

[38]) Arg. § 5 Not. O.; Judik. Buch Nr. 83; Skedl I. S. 298 f.; Ullmann S. 35; ein ernster Zweifel an dieser Auffassung ist ausgeschlossen. Mit völlig unzureichenden Gründen haben das Gegenteil Baltinester, Roztocil und Bezek in der Not. Z. ex 1895, 1896, 1898 behauptet. Machen die Notare einen Erwerbszweig aus der Parteienvertretung in Zivilprozessen, so sind sie zwar keine Winkelschreiber (Pfaff-Schey Nr. 683), daher zu jeder einzelnen Vertretung zuzulassen (arg. e contr. § 29 Abs. 2 Z. P. O.); aber sie unterliegen disziplinärer Ahndung.

[39]) Z. E. Nr. 255.

[40]) Meisel, Die Finanzprokuratur (im Österr. Staatswörterbuch I. S. 496 ff.); Leist, Die Finanzprokuratur (in Grünhuts Zeitschr. XXV. S. 99 ff.).

[41]) Pfaff-Schey Nr. 1244.

[42]) Pfaff-Schey Nr. 1173.

Z. P. O.). Machen sie aus der Parteienvertretung einen Erwerbszweig, so sind sie Winkelschreiber und sind als solche auch im einzelnen Falle nicht zur Parteienvertretung zuzulassen (§ 29 Abs. 2 Z. P. O.), so daß die durch sie vertretene Partei säumig ist. Durch diese energischen Normen sucht die Zivilprozeßordnung die gefährliche Parteienvertretung durch Nichtlegitimierte hintanzuhalten.

Über den Armenvertreter siehe § 29 III.

§ 29. Arme Parteien.[1])

I. Die Kosten der Zivilrechtspflege bestreitet grundsätzlich der Staat mit Ausnahme jener der Parteivertretung. Aber auch jene bestreitet er nicht völlig und auch nicht ohne — teilweisen — Ersatz durch die Prozeßparteien; vielmehr müssen diese ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses im vorhinein in Form von Stempeln und Gebühren an den Staat und dessen Angestellte, an Zeugen und Sachverständige, hie und da an Notare, zu den Kosten der Zivilrechtspflege beitragen. An und für sich ist die Entgeltlichkeit des Zivilprozesses eine notwendige Einrichtung (siehe S. 77) nicht nur zur Entlastung der Staatsfinanzen, sondern auch zur Verhütung eines zu großen Geschäftsandranges als Folge leichtfertiger Prozesse; die Gebührenpflicht wirkt als Hemmschuh der Prozeßführung, ebenso wie der Anwaltszwang. Aber gerade darum ist es ein Gebot ausgleichender Gerechtigkeit, diesen Hemmschuh innerhalb verständiger Grenzen zu beseitigen. Das geschieht durch das prozessuale Armenrecht.

Dasselbe geht bis auf das Recht der römischen Kaiserzeit zurück, beruht hier aber im wesentlichen noch auf jeweiligen kaiserlichen Gnadenakten.[2]) Erst das kanonische Recht gewährt als Recht die Gebührenfreiheit und einen Armenvertreter.[3]) Im deutschen Reichsrechte wurde die Stundung der Gebühren und der Vertreterkosten gewährt, bis der Arme aus dem Prozesse oder sonstwie zu Vermögen komme.[4]) Dies blieb dann auch der Standpunkt des gemeinen Rechtes,[5]) während die allgemeine Gerichtsordnung des Armenrechtes in der hier erörterten Richtung[6]) gar keine Erwähnung macht. Erst durch das Hofd. vom 24. Jänner 1791, J. G. S. Nr. 106, wurde das gemeine Recht, jedoch mit der Erweiterung rezipiert, daß der Arme nur dann schuldig sei, die Gebühren und Kosten nachzuzahlen, wenn er aus der Vertretung (und nicht aus anderen Quellen) zu Vermögen komme. Die Zivilprozeßordnung (§§ 68, 70, 71) ist noch wesentlich über das

[1]) Ihering, Scherz und Ernst S. 175 ff.; Karl Grünberg, Der sozialpolitische Gehalt der österr. Zivilprozeßgesetzgebung (1900) S. 14 ff.; Ullmann S. 57 ff. Über das frühere österreichische Recht Nippel, Erläuterungen II. S. 506 ff.; Menger in Grünhuts Zeitschr. VII. S. 664 ff.

[2]) const. 6 C 7, 51; siehe aber nov. 17 c. 3; nov. 82 c. 9.

[3]) Renaud, Lehrbuch S. 751.

[4]) K. G. O. von 1495, § 23; von 1521 tit. XXV; von 1555 tit. XIX, § 5; tit. XLI; Deput. Absch. 1600 §§ 6, 9 ff.; J. R. A. § 114.

[5]) Renaud, Lehrbuch S. 750 ff.

[6]) Wohl aber kennt sie es für das Institut der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten.

frühere Recht hinausgegangen. Vor allem durch eine erhebliche Erleichterung in der Beigabe eines Armenvertreters, der früher nur im Anwaltsprozesse gewährt wurde, während er jetzt außerdem in Distanzprozessen dem Armen beigegeben wird (§ 64 Z. 4 Z. P. O.). Dann in der Feststellung der „Armut". Während das deutsche Reichsrecht mit einer Ausnahme[7]) als arm den betrachtete, der die Prozeßkosten und Gebühren nicht aufzubringen vermöge, und während das frühere österreichische Recht noch etwas engherziger nur denjenigen als arm gelten ließ, der aus welcher Quelle immer kein größeres Einkommen als den ortsüblichen gemeinen Taglohn bezog (Hofk. Präs. Dekr. vom 26. Juli 1840, J. G. S. Nr. 457), hat die Zivilprozeßordnung in Anlehnung an die deutsche Zivilprozeßordnung schon jenen als arm erklärt, der die Kosten der Prozeßführung ohne Beeinträchtigung der für ihn und seine Familie erforderlichen notdürftigen[8]) Unterhaltes nicht zu bestreiten vermag (§ 63 Z. P. O.). Endlich „stundet" sie trotz des Wortlautes des § 64 Z. P. O. die Gebühren nicht, sondern erläßt sie.

Darnach sind die Grundzüge des Armenrechtes: Erlaß der Stempel und Gebühren sowie der Honoraransprüche des Vertreters; Beigabe eines Armenvertreters in Distanz- und Anwaltsprozessen. Im wesentlichen entsprechen diese Grundzüge allen berechtigten sozialpolitischen Anforderungen.

II. Voraussetzungen des Armenrechtes.

a) Eine arme Partei.[9]) Dieselbe muß eine physische Person sein (verbo: „Unterhalt" im § 63 Z. P. O.), welche „ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie erforderlichen notdürftigen Unterhaltes die voraussichtlichen Kosten einer (scil. dieser) Prozeßführung zu bestreiten außerstande ist" (§ 63 Z. P. O.). Es entscheiden also die Umstände des einzelnen Falles, nicht eine bestimmte Ziffer des Vermögens oder Einkommens über die Erlangung des Armenrechtes; der Konkursmasse, das ist dem Gemeinschuldner wird darnach das Armenrecht nie gewährt werden können, weil sich aus diesen Prozessen sein Einkommen nicht mindert;[10]) dasselbe gilt von der Gläubigerschaft für ihre Anfechtungsprozesse.

Die Prüfung dieses Erfordernisses zur Erteilung des Armenrechtes ist mit Recht den Gerichten abgenommen (Ausnahme: für Pflegebefohlene, § 65 Abs. 4 Z. P. O.), da diese die erforderliche Personalkenntnis nicht besitzen; darum ist sie den Verwaltungsbehörden überlassen, welche den Gerichten durch die Ausstellung eines Armutszeugnisses[11]) ad hoc das Vorhandensein dieses Erfordernisses konstatieren (§ 65 Z. P. O.).

[7]) Der J. R. A. nannte im § 114 jenen arm, der nicht über 2000 fl. Vermögen habe.

[8]) Im § 6 (alte Zählung) dtsch. Z. P. O. steht „notwendigen".

[9]) Wie für diese ist das Armenrecht auch für Nebenintervenienten und Beteiligte zu erlangen, ratione legis auch für Zeugen und Sachverständige.

[10]) Jaeger, Die (dtsch.) K. O. S. 94.

[11]) Den Vorgang regeln § 65 Z. P. O. und die Vdg. vom 23. Mai 1897 Nr. 130; wer wissentlich unrichtige Zeugnisse ausstellt oder bekräftigt, haftet für alle dem Antragsteller erlassenen Beträge und allen sonstigen Schaden (welchen?) solidarisch mit der Partei (§ 69 Z. P. O.).

b) Die arme Partei muß ein österreichischer Staatsangehöriger oder ein solcher eines jener fremden Staaten sein, welche die Gegenseitigkeit gewähren (§ 63 Abs. 2 Z. P. O.),[12]) wie dies jetzt zwischen allen Staaten der Fall ist, welche das Haager Übereinkommen unterzeichnet haben (Art. XIII—XV desselben). Zweifel über die Gegenseitigkeit löst in einer für den einzelnen Fall bindenden Weise der Justizminister (§ 63 Z. P. O.).

c) Das Armenrecht muß verlangt werden. Der Antrag ist für einen bestimmten Prozeß an das Prozeßgericht erster Instanz[13]) zu richten, darf aber auch beim Bezirksgerichte des Wohnsitzes oder des ständigen Aufenthaltes des Antragstellers zu Protokoll gegeben werden, falls dieser im Sprengel des Prozeßgerichtes weder den Wohnsitz noch einen ständigen Aufenthalt hat (§ 65 Z. P. O.). Dem Antrage muß das Armutszeugnis beiliegen; wie alt dasselbe sein dürfe, ist nicht bestimmt, daher dem richterlichen Ermessen überlassen.[14]) Der Antrag unterliegt nie dem Anwaltszwange.[15]) Er darf mit der Klage verbunden werden, ihr vorangehen oder nachfolgen,[16]) hemmt aber den Prozeß nicht, bildet insbesondere keinen Erstreckungsgrund (§ 73 Abs. 1 Z. P. O.), außer im Gerichtshofverfahren für die erste Tagsatzung,[17]) Klagbeantwortung und erste mündliche Streitverhandlung;[18]) in diesen Fällen liegt der Erstreckungsgrund darin, daß die arme Partei trotz des rechtzeitigen Antrages noch keine Erledigung desselben oder bei seiner Bewilligung noch keinen Advokaten erhalten hat (§ 73 Abs. 2 Z. P. O.).

III. Die Wirkung der Erteilung des Armenrechtes ist gleich, mag sich der Prozeß vor einem ordentlichen oder einem Sondergerichte abspielen. Sie zeigt sich sowohl im Verhältnisse zur Gegenpartei als in jenem zum Staate. Die Gegenpartei muß nämlich nun die Stempel und Gebühren für die Protokolle und Urteile zunächst voll bezahlen, wenn und insoweit sie am Verfahren teilnimmt. Der Staat aber gewährt auf Grund des Armenrechtes dem Armen folgende Begünstigungen:

a) die Nachsicht der Stempel und der an den Staat zu entrichtenden Gebühren (§ 64 Z. 1 Z. P. O.), insoweit sie nicht vom Gegner zu berichtigen sind; zwar spricht § 64 Z. 1 Z. P. O. nicht von einer Nachsicht, sondern nur von einer Stundung der Beträge, aber aus § 70 Z. P. O. ergibt sich, daß ihre Nachzahlung nur für den Fall der Entziehung, nicht auch für andere Fälle vorgesehen, § 64 Z. P. O. somit ungenau textiert ist;

---

[12]) Walker, Streitfragen S. 79 ff.

[13]) Auch wenn das Armenrecht erst für die höhere Instanz verlangt wird. Ullmann S. 58; Demelius S. 245. Wird es nur für Exekution verlangt, so ist das Gericht der §§ 4, 81, 88 E. O. zuständig.

[14]) A. M. Ullmann S. 59 (ein halbes Jahr); Neumann, E. O. S. 7 und § 2 Abs. 1 der Vdg. vom 23. Mai 1897 Nr. 130 (ein Jahr zwischen Urteil und Exekution).

[15]) Auch nicht das darauf folgende Verfahren (§ 73 Z. P. O.).

[16]) Er wirkt nicht zurück.

[17]) Vergl. § 402 Z. 3.

[18]) Bei den im Laufe des Verfahrens eingebrachten Anträgen die nächstfolgende mündliche Streitverhandlung.

b) die Vorschießung der im § 64 Z. 5 Z. P. O. taxativ[19]) aufgezählten Barauslagen, zu denen darnach die Gebühren der Zeugen und Sachverständigen, nicht aber die Prozeßkosten des Gegners noch die Kosten einer Haft gehören;

c) die Klagaufnahme beim Bezirksgerichte des Wohnsitzes oder ständigen Aufenthaltes des Klägers, wenn der Prozeß notwendigerweise (verbo: „muß"). bei einem Gerichte außerhalb des genannten Bezirksgerichtssprengels geführt wird (§ 64 Z. 4 Z. P. O.; sogenannter Distanzprozeß), und wenn für diesen Prozeß kein Anwaltszwang besteht; die Aufnahme des Antrages auf Erteilung des Armenrechtes in Prozessen mit und ohne Anwaltszwang bei dem genannten Bezirksgerichte, wenn der Kläger außerhalb des Sprengels des Prozeßgerichtes seinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt hat[20]) (§ 65 Z. P. O.). Das gleiche Recht steht dem Beklagten zu, welcher den Antrag auf Erteilung des Armenrechtes oder im Distanzprozesse ohne Anwaltszwang jenen auf die Bestellung eines Armenvertreters stellen will. Das erste sagt § 65 Z. P. O., das zweite ergibt eine gebotene ausdehnende Auslegung des § 64 Z. 4 Z. P. O.,[21]) sollen nicht die Kläger den Beklagten gegenüber ungebührlich bevorzugt werden; der zu enge Wortlaut des § 64 Z. 4 Z. P. O. erklärt sich daraus, daß er an den (angeblich) normalen Fall nur denkt, daß der Beklagte beim forum domicilii belangt wird. Die Norm des § 64 Z. 4 Z. P. O. erfordert übrigens nach ihrer ratio noch eine ausdehnende Interpretation dahin, daß das genannte Bezirksgericht auch Anträge nach § 28 J. N., Sicherungsanträge und, falls kein Erkenntnisverfahren vorherging, jene auf die Exekutionsbewilligung aufnimmt;

d) die Befreiung des Klägers von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten (§ 64 Z. 2 Z. P. O.);

e) die Beistellung eines Armenvertreters[22]) ohne Rücksicht auf die Parteirolle. Im Prozesse mit Advokatenzwang[23]) geschieht dies durch die Anweisung an einen bestimmten Advokaten, sich zur (wenigstens zunächst) kostenlosen Vertretung von der armen Partei bevollmächtigen zu lassen (§ 64 Z. 4 Z. P. O.); im Distanzprozesse ohne Anwaltszwang ergeht die gleiche Anweisung zur Vermeidung einer übergroßen Belastung der Advokaten an einen Beamten des Prozeßgerichtes. Das letztere sagt § 64 Z. 4 Z. P. O. auch nur (siehe c) für den Kläger; es ist aber aus den schon entwickelten Gründen notwendigerweise auf den Beklagten und

---

[19]) Ullmann S. 58; § 2 der Vdg. vom 23. Mai 1897 Nr. 130.

[20]) Die Differenz in der Textierung der §§ 64 Z. 4 und 65 Z. P. O. („Gerichte außerhalb des Wohnsitzes . . .", „Wohnsitz . . . nicht im Sprengel des Prozeßgerichtes") läßt sich sachlich nicht begründen und führt zu Inkonvenienzen.

[21]) Teilweise übereinstimmend Rotschedl in G. Z. 1897 S. 268; a. M. K. Grünberg S. 16 ff.; Demelius S. 244; Wachtel S. 68.

[22]) Breslauer, Die rechtliche Stellung des Armenanwaltes (1894).

[23]) Tritt dieser erst für die zweite Instanz ein, so sorgen § 465 Z. P. O., § 90 G. O. G. für die Aufnahme und Vertretung der Berufung (mit Recht nicht auch der Revision); siehe Sturm in G. Z. 1900 S. 15 f.; Rotschedl i. e. l. 1897 S. 269 und § 26 Anm. 13.

ebenso für beide Parteien auf das Sicherungs- und Exekutionsverfahren ausdehnend zu interpretieren. Diese Armenvertretung ist unentgeltlich zu leisten,[24]) beschränkt sich aber dafür auf den Sprengel des Gerichtshofes erster Instanz, in welchem der Vertreter wohnt (§ 67 Z. P. O., der das freilich nur vom Advokaten sagt); außerhalb dieses Sprengels ist nach Maßgabe des § 64 Z. 4 Z. P. O. für eine Substitution zu sorgen. Der Armenvertreter ist nicht durch die Anweisung, sondern erst durch die Vollmacht der Partei zur Vertretung legitimiert, darf diese Vollmacht aber nicht kündigen, sondern nur wegen Mutwilligkeit oder Aussichtslosigkeit der Prozeßführung beim Gerichte seine Enthebung beantragen[25]) (Art. XXXIII Einf. Ges. zur Z. P. O.), was wohl ausdrücklich nur für Advokaten bestimmt ist, aber sinngemäß auch auf die vertretenden Gerichtsbeamten Anwendung findet.[26]) Ersiegt die arme Partei Prozeßkosten, so fallen diese zwar nicht dem vertretenden Beamten, wohl aber dem Advokaten zu; dieser darf sie auch direkt von dem Unterliegenden fordern, und der Unterliegende darf ihm dawider Einreden gegen die arme Partei nicht entgegensetzen, es handle sich denn um Kostenansprüche des ersteren aus demselben Prozesse (§ 70 Z. P. O.).

Die Wirkungen des Armenrechtes zeigen sich stets nur für den Prozeß, für welchen es bewilligt wurde, aber für diesen ganz; sie gehen soweit, daß allen berechtigten Anforderungen der Unbemittelten volle Rechnung getragen ist, ja daß möglicherweise ein Anreiz zur mutwilligen Prozeßführung durch ihre Liberalität entsteht.[27]) Dieser Anreiz wird noch dadurch verschärft, daß unter die Voraussetzungen des Armenrechtes nicht eine summarische Prüfung der Aussichten der Rechtsverfolgung aufgenommen ist, wie dies das deutsche Recht tut: niemals darf die Erteilung des Armenrechtes deshalb versagt werden, weil die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung mutwillig oder aussichtslos ist.[28]) Diese Norm ist zweckmäßig, weil sie den Richter nicht zur Parteinahme drängt; aber sie kann auch Gefahren bringen oder verstärken. Das Gesetz begegnet ihnen folgendermaßen: jede Änderung der Vermögensverhältnisse, welche die Partei nicht mehr als arm erscheinen läßt, sowie ihr Tod ruft das *Erlöschen* des Armenrechtes durch einen Gerichtsbeschluß hervor (§ 68 Z. P. O.); jedes unbegründet erteilte, insbesondere jedes erschlichene Armenrecht ist durch einen Gerichtsbeschluß zu *entziehen*, und die Partei hat hier auf Antrag eines Interessenten zunächst die sub b genannten Barauslagen, dann die Advokaten- und dann die sub a genannten Kosten zu bezahlen[29]) (§ 71 Z. P. O.); überdies ist wider sie eine Mutwillens-

[24]) Die Barauslagen schießt der Staat vor; § 64 Z. 5 Z. P. O.

[25]) Pfaff-Schey Nr. 852.

[26]) A. M. Fragenbeantwortung S. 13.

[27]) Karl Grünberg S. 15.

[28]) Derselbe Grundsatz befiehlt die Aufnahme einer *jeden*, auch der aussichtslosesten Protokollarklage (§ 434 Abs. 2 Z. P. O.), selbst vor dem unzuständigen Gerichte, insofern dieses nur überhaupt Protokollarklagen aufzunehmen hat.

[29]) Der Beschluß ist vollstreckbar (§ 71 Z. P. O.), so daß es keines Prozesses bedarf; auch eine teilweise Zahlung darf aufgetragen werden (§ 71 Abs. 2 Z. P. O.). Nur auf diese Fälle können sich die

strafe zu verhängen[30]) (§ 69 Z. P. O.). Dagegen beseitigt die Enthebung des Armenvertreters wegen des Mutwillens oder der Aussichtslosigkeit der Prozeßführung nur im Anwaltsprozesse, sonst aber das Armenrecht nicht;[31]) nur verliert der Arme den Anspruch auf die Unentgeltlichkeit der Vertretung und es wird ihm kein neuer Vertreter beigegeben, so daß er selbst für einen solchen sorgen oder in Person prozessieren muß.

IV. Das Verfahren über den Antrag auf Erteilung des Armenrechtes ist möglichst formlos;[32]) das gehört zur berechtigten Tendenz des Gesetzes. Es unterliegt nie dem Anwaltszwange. Die Entscheidung erfolgt ohne mündliche Verhandlung nach von Amts wegen gepflogenen Erhebungen und ist unanfechtbar, wenn sie das Armenrecht bewilligt, mit einem abgesonderten Rechtsmittel anfechtbar, wenn sie es versagt[33]) (§ 72 Z. P. O.). Wird ein Armenvertreter vom Gerichte zugestanden, so bestellt den Gerichtsbeamten das Gericht, den Advokaten der Kammerausschuß (§ 66 Abs. 2 Z. P. O.).[34])

§ 30. Ausländer.[1])

I. Ausländer, das sind Personen, welche das österreichische Staatsbürgerrecht nicht haben, werden als Parteien, Beteiligte und Nebenintervenienten in Österreich grundsätzlich den Österreichern gleich behandelt; bei juristischen Personen muß hiebei in Ermanglung einer Staatsangehörigkeit der Sitz der Person entscheiden.[2]) Diese Gleichstellung der Ausländer mit den Inländern findet jedoch Ausnahmen, und zwar abgesehen von den hier ausgeschiedenen Fragen der Behandlung Exterritorialer[3]) eine grundsätzliche, die ganze Fremdenstellung berührende und mehrere lediglich Details betreffende.

Die grundsätzliche betrifft das Vergeltungsrecht. Behandelt ein Staat Österreicher, z. B. österreichische Vereine, wegen ihrer Auslands-

---

Worte „einstweilige Befreiung" des § 64 Z. 1 Z. P. O. beziehen.

[30]) Nicht die Zahlung eines Entschädigungsbetrages nach § 408 Z. P. O., wie Grünberg S. 15 anzunehmen scheint. Auch ist nicht einzusehen, warum die Mutwillensstrafe des § 69 Z. P. O. nicht in Haft umwandelbar ist (§ 200 Z. P. O.); a. M. Grünberg S. 16, der allerdings mit Grund hervorhebt, daß diese Normen gegen eine mutwillige Prozeßführung versagen.

[31]) Demelius S. 152; a. M. Petschek in Jur. Bl. 1900 Nr. 44. Allein es spricht nicht nur das immerhin für sich allein nicht ausreichende arg. e contr. des Art. XXXIII Abs. 2 Einf. Ges. zur Z. P. O. für den Text, sondern auch der Grundsatz, daß die Erteilung des Armenrechtes nicht von der Wahrscheinlichkeit des Prozeßerfolges abhängt.

[32]) Vor Gerichtshöfen gehört es vor den Vorsitzenden, wenn das Armenrecht bewilligt wird; will es der Vorsitzende versagen, so muß er den Antrag an den Senat bringen (§ 37 G. O. G.); gegen die ratio legis einschränkend Rotschedl a. a. O. S. 268.

[33]) Diesem Rekurse darf auch der iudex a quo Folge geben (§ 522 Z. P. O.).

[34]) Über den Vorgang siehe § 132 G. O.

[1]) Menger, System I. S. 128 ff.; Walker, Streitfragen S. 65 ff.; v. Bar, Lehrbuch des intern. Privat- und Strafrechtes S. 169.

[2]) Z. E. Nr. 88; Neumann I. S. 255 (nicht zuzustimmen für die offene Handelsgesellschaft); a. M. Walker S. 56 ff.

[3]) Strisower, Exterritorialität (im Österr. Staatswörterbuch I. S. 435 ff.).

qualität[4]) ungünstiger als seine Inländer, so behandeln wir — soweit möglich — seine Angehörigen in gleichem Maße ungünstiger als die Inländer (§ 33 a. b. G. B.; S. 113); zwar spricht das § 33 a. b. G. B. nur für die „bürgerlichen Rechte und Verbindlichkeiten" aus, zu denen nach der heutigen Auffassung die Rechtsschutzansprüche und Prozeßrechte und -pflichten nicht zählen; aber zur Zeit der Erlassung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches rechnete man sie dazu. Diese Vergeltung haben die österreichischen Gerichte von Amts wegen durchzuführen, da es sich hier um die Anwendung eines zwingenden, vom Parteiwillen also unabhängigen Rechtssatzes handelt. Auch sind bei der Feststellung der Voraussetzungen für die Anwendung des Vergeltungsrechtes die Gerichte zwar berechtigt, Erklärungen des Justizministers einzuholen,[5]) aber in der Regel an sie nicht gebunden, weil die Gerichte in der Entscheidung von Rechtsfragen unabhängig sind, und weil darum die Normen der §§ 57, 63 Z. P. O., 38, 48 J. N. über solche Erklärungen des Justizministers (leider) nur für den betreffenden dort genannten einzelnen Fall binden, aber keine ausdehnende Interpretation vertragen (siehe auch § 271 Z. P. O.).

Nach diesen Grundsätzen sind die Partei- und die Postulationsfähigkeit von Ausländern in Österreich zu beurteilen.

Anders steht es mit der Prozeßfähigkeit. Sie gehört wie das Armenrecht, der Fremdengerichtsstand, die Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten zu jenen Details über die Fremdenbehandlung, welche nicht nach dem allgemeinen Vergeltungsprinzipe, sondern nach Spezialnormen zu beurteilen sind. Über die Prozeßfähigkeit (§ 3 Z. P. O.) siehe § 25 II; über den Fremdengerichtsstand siehe § 64.

II. Das Armenrecht wird Ausländern nur unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit gewährt, die derzeit freilich bei den vielen Unterzeichnern des Haager Übereinkommens besteht. Insoweit deckt sich diese Regelung des § 63 Z. P. O. mit der privatrechtlichen des § 33 a. b. G. B.[6]). Aber eine Differenz zeigt sich, wenn die Gegenseitigkeit in Armenrechtssachen zweifelhaft ist, sei es in den Voraussetzungen, sei es in den Wirkungen des Armenrechtes. Da ist darüber die für den einzelnen Fall (verbo: „das Gericht") bindende Erklärung des Justizministers einzuholen (§ 63 Abs. 2 Z. P. O.).

III. Die Sicherheitsleistung des Klägers für die Prozeßkosten des Beklagten (aktorische Kaution)[7]) ist ein Rudiment des Kautionssystems,

[4]) Behandelt ein Staat die Österreicher schlechter, als Österreich sie behandelt, aber gleich seinen Inländern, so ist von Ausübung eines Vergeltungsrechtes keine Rede.

[5]) Den Gerichten solche Auskünfte in Rechtsfragen zu erteilen, gehört zu den Pflichten des Justizministeriums; § 74 G. O. G.; v. Schrutka, Über die Stellung des Richters (Rektoratsrede) S. 61 ff.

[6]) § 63 Z. P. O. verlangt zum Unterschiede von § 79 E. O. nicht die kundgemachte, sondern nur die verbürgte Gegenseitigkeit.

[7]) Renaud, Lehrbuch §§ 56 ff.; Menger, Lehre von den Streitparteien (in Grünhuts Zeitschr. VII. S. 669 ff.); v. Canstein, Lehrbuch I. S. 440 ff., über die Kautionen überhaupt Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I. S. 526 ff. und oben S. 96 ff.

von dem namentlich der gemeinrechtliche Prozeß durchzogen war, und durch welches die Prozeßparteien einander gegen Schikane, Kosten, Schäden u. dergl. zu sichern hatten (S. 96 ff.). Mehr noch als das Anwendungsgebiet anderer ist jenes der aktorischen Kaution derart eingeschränkt, daß sie praktisch keine Rolle mehr spielt.

a) Ihr Zweck ist nach wie vor, dem Beklagten ein Pfandrecht[8]) für seine — noch nicht existierende und in ihrer Existenz ungewisse[9]) — Kostenforderung zu gewähren (§ 56 Z. P. O.). Man hielt das sowohl zur Abschreckung mutwilliger Kläger als auch zur Vermeidung von Exekutionsschwierigkeiten für nötig. Derzeit besteht dieser Anspruch des Beklagten auf die Kostensicherung nur mehr gegenüber einem engen Kreise von Ausländern, also gegenüber sehr wenigen Klägern. Ausländer als Kläger[10]) vor einem österreichischen Gerichte sind nämlich hiezu verpflichtet, sie seien denn nach Staatsvertrag[11]) oder deshalb hievon befreit, weil ihr Heimatsstaat nicht bloß tatsächlich oder gewohnheitsrechtlich, sondern durch beobachtetes Gesetz[12]) österreichische Staatsangehörige[13]) nicht zu solcher Sicherheitsleistung heranzieht, oder weil sie als Ungarn dem stehenden Heere oder der Kriegsmarine angehören oder bei einer gemeinsamen Behörde Österreich-Ungarns angestellt sind (§ 57 Z. 1 Z. P. O.; Art. XXIX Einf. Ges. zur Z. P. O.); befreit sind ferner jene Ausländer, welche ein zur Deckung der Kosten hinreichendes Immobiliarvermögen im Inlande oder durch inländische Hypotheken gesicherte hinreichende Forderungen haben (§ 57 Z. 2 Z. P. O.), oder die für den betreffenden Prozeß das Armenrecht genießen[14]) (§ 64 Z. 2 Z. P. O.); keine Kautionspflicht endlich besteht im Ehe-[15]) und Urkundenprozesse,[16]) nach der Analogie desselben trotz § 78 E. O. in Prozessen nach § 10 E. O., im Prozesse auf Grund öffentlicher gerichtlicher Aufforderung und für Widerklagen (§ 57 Z. 3, 4 Z. P. O.). Wer während des Prozesses Ausländer wird oder die Voraussetzungen der Kautionsbefreiung verliert, braucht überdies die Kaution dann doch nicht zu leisten, wenn ein zur Kostendeckung hinreichender Teil des Klaganspruches „unbestritten" ist (§ 58 Z. P. O.), worunter

[8]) Pfaff-Schey Nr. 522 (dieses Pfandrecht behält auch im Konkurse seine Wirksamkeit).

[9]) Also ein Pfandrecht für eine nicht bestehende und möglicherweise nie bestehende Forderung.

[10]) Nicht als Nebenintervenienten; denn diese haften nicht für die Kosten; Neumann I. S. 254; a. M. Walker S. 70; Demelius S. 235.

[11]) Insbesondere nach dem Haager Übereinkommen, der Berner Konvention vom 14. Oktober 1890 Nr. 186 ex 1892; siehe Vdg. vom 19. Dezember 1897 Nr. 284 (für Ungarn).

[12]) Die anscheinend abweichende Textierung des letzten Absatzes des § 57 Z. P. O. („Verhalten") besagt nur, daß das Gesetz auch beobachtet werden muß; im Zweifel entscheidet der Justizminister, ob das im betreffenden Auslandsstaate geschah (§ 57 Z. P. O.).

[13]) Ohne Rücksicht darauf, ob sie als solche oder wegen der Gleichstellung mit den dortigen Inländern befreit sind.

[14]) Fallen die zitierten Gründe der §§ 57 Z. 2 (hinreichendes Vermögen) und 64 Z. P. O. (Armenrecht) weg, so entsteht nun der Sicherstellungsanspruch; arg. § 58 Z. P. O. Ob das Armenrecht entzogen wird oder erlischt, muß hier gleichgültig sein.

[15]) Nicht auch in Vermögensprozessen der Ehegatten; a. M. Demelius S. 234.

[16]) Auch wenn Einwendungen erstattet werden (a. M. Wachtel S. 62).

man nach der Situation verstehen muß, daß hinsichtlich dieses Teiles der Kläger sicherlich einen (auch nicht durch eine im Prozesse geltend gemachte Kompensationsforderung aufgezehrten) Geldanspruch an den Beklagten haben wird; ein förmliches Anerkenntnis ist daher weder stets nötig noch stets hinreichend.

Mit Rücksicht auf das viele Staaten umfassende Haager Übereinkommen und die angeführten in den §§ 57, 58 Z. P. O., Art. XXIX Einf. Ges. festgesetzten, auch durch ein Vergeltungsrecht nicht betroffenen Ausnahmen von der Kautionspflicht ist diese Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten geradezu eine Seltenheit geworden.

b) Sie wird nur auf den Antrag des Beklagten existent. Der Antrag muß bei sonstiger Präklusion bei der ersten Tagsatzung[17]) gestellt werden[18]) und eine bestimmte Kautionssumme fordern. Die Einlassung zur „Hauptsache" benimmt dem schon gestellten Antrage die Wirkung nicht, liegt aber dem Beklagten nicht ob (§§ 59, 61 Z. P. O.); wohl aber muß er sich trotz des gestellten Antrages in das sonstige, nicht die „Hauptsache" berührende Verfahren einlassen, z. B. die Einwendung der Unzuständigkeit bei sonstiger Präklusion derselben erheben[19]) (arg. § 61 Z. P. O.). Über den Antrag ist nach mündlicher Verhandlung durch einen Beschluß zu entscheiden (§ 60 Z. P. O.). Wird jener abgewiesen, so ist nach Gerichtsermessen auch das Verfahren zur „Hauptsache" sofort fortzusetzen[20]) (§§ 61, 524 Z. P. O.); wird ihm Folge gegeben, so ist dem Kläger eine Frist zu setzen, in welcher er entweder die vom Gerichte bestimmte[21]) Kautionssumme bei Gericht zu erlegen (wenn dies, wie bei Hypotheken und Bürgen, nicht tunlich ist, ihre Sicherstellung nachzuweisen) oder seine Unfähigkeit zur aufgetragenen Sicherstellung eidlich zu bekräftigen hat (Paupertätseid; § 60 Z. P. O.), widrigenfalls auf Antrag die Klage als zurückgenommen gelte[22]) (§ 60 Abs. 3 Z. P. O.). Innerhalb dieser Frist hat nun der Kläger entweder die Kaution zu erlegen oder, und zwar derart rechtzeitig sich zur Ablegung des Paupertätseides zu erbieten, daß ihm derselbe normalerweise noch innerhalb der Frist abgenommen werden kann, und hat dann denselben auch abzulegen;[23]) die

[17]) Ist vor dem Bezirksgerichte keine erste Tagsatzung angeordnet, so ist der Antrag bei Beginn der ersten mündlichen Streitverhandlung zu stellen (§ 440 Z. P. O.); im Urkundenprozesse erfolgt er rechtzeitig in den (schriftlichen) Einwendungen, im Mahnverfahren nicht schon im Widerspruch, sondern erst in der mündlichen Verhandlung.

[18]) Ausnahme: wenn sich der Tatbestand des Kautionsanspruches erst im Laufe des Prozesses bildet (§ 58 Z. P. O.); siehe unten im Text.

[19]) Zweifelhaft Neumann, Komm. I. S. 261, 265 f.; a. M. Demelius S. 240.

[20]) Dagegen kein Rekurs (§ 61 Z. P. O.), da sonst wegen des § 524 Abs. 2 Z. P. O. die Anordnung der sofortigen Verhandlung zur Hauptsache sehr an Wert verlöre.

[21]) Über die Grundlagen der Bemessung bestimmt § 60 Abs. 2 Z. P. O. Reicht die bestimmte Kaution nicht aus, so darf ihre Erhöhung beantragt werden; § 62 Z. P. O.

[22]) Diese Androhung der Rechtsfolgen des Ungehorsams ist eine Bedingung ihres Eintrittes; § 145 Z. P. O.

[23]) § 60 Z. P. O. ist ungenau stilisiert, da der Kläger die Tagsatzung zur Eidesabnahme nicht selbst bestimmt; Wachtel

Ablegung muß nicht beim Prozeßgerichte, sondern darf auch beim Bezirksgerichte des Wohnsitzes oder Aufenthaltes des Klägers geschehen (§ 37 J. N.; § 60 Z. P. O.). Erfüllt der Kläger entweder die eine (Erlag) oder die andere Alternative (Eid), so ist das Verfahren auch in der Hauptsache auf Antrag aufzunehmen oder fortzusetzen (§ 62 Z. P. O.);[24]) erfüllt er keine von ihnen, so ist auf Antrag des Beklagten[25]) die Klage als zurückgenommen zu erklären (§ 60 Z. P. O.), was den Kläger kostenersatzpflichtig macht, an der neuerlichen Klageinbringung aber nicht hindert (§ 237 Z. P. O.).

Etwas anders spielt sich der Vorgang ab, wenn der Tatbestand der Kautionspflicht sich erst im Laufe des Prozesses bildet, oder wenn in der Folge ein Anspruch auf die Erhöhung der Kautionssumme entsteht. In diesen beiden Fällen darf der Antrag bis zum Schlusse des Erkenntnisverfahrens gestellt werden, da das Gesetz ihn nicht präkludiert[26]) (siehe § 60 Abs. 3 Z. P. O.). Von einer Verweigerung der Einlassung in die Hauptsache kann da nach der vorliegenden Situation freilich keine Rede, diese Einlassung muß vielmehr schon längst erfolgt sein; aber der Prozeß geht zunächst zur Hauptsache nicht weiter (§ 61 Z. P. O.), es handle sich denn bloß um die Erhöhung der Kaution (§ 62 Abs. 2 Z. P. O.). Legt das Gericht nun dem Kläger die Erhöhung der Kaution auf, so ist dieser Beschluß nach Rechtskraft vollstreckbar (§ 62 Z. P. O.), hat jedoch sonst keinen Einfluß auf den Prozeß. Wird aber während des Verfahrens erst die Kautionspflicht festgestellt, so gilt bei Nichtbefolgung des Erlagsauftrages durch den Kläger die Klage als zurückgenommen, wenn dies der Beklagte beantragt, und wenn noch keine Endentscheidung erster Instanz erflossen ist; ist aber eine solche schon ergangen, so gilt nicht die Klage, sondern das klägerische Rechtsmittel[27]) als zurückgenommen, womit (im Gegensatze zur Klagrücknahme) dessen Verlust verbunden ist (§ 48 Abs. 2 Z. P. O.). Hat endlich nicht der Kläger, sondern der Beklagte das Rechtsmittel eingelegt, so muß nach der Analogie des § 62 Abs. 2 Z. P. O. die Vollstreckbarkeit des Erlagsbeschlusses eintreten, da eine Rücknahmeerklärung der Klage durch § 60 Abs. 3 Z. P. O. ausgeschlossen und eine Fortdauer der Verfahrenssistierung dem geltenden Rechte unbekannt ist.[28])

c) Über die Sicherstellungsmittel und über die Rechte an ihnen siehe § 13.

S. 63 zieht jedoch zu weit gehende Konsequenzen aus dieser Ungenauigkeit.

[24]) Ungenau ist § 61 Abs. 1 Z. P. O., richtig § 62 Abs. 1 Z. P. O. textiert; a. M. Walker S. 76.

[25]) Dieser ist an keine Frist gebunden; die Situation ist hier für den Beklagten ähnlich wie im § 398 Abs. 1 Z. P. O. für den Kläger.

[26]) A. M. Demelius S. 236, der die Analogie des § 59 Z. P. O. heranzieht.

[27]) § 60 Abs. 3 Z. P. O. ist ganz deutlich („. . . oder, wenn . . .); a. M. Wachtel S. 65.

[28]) Anders nach § 406 a. G. O. Da übrigens die Rechtsfolgen des klägerischen Ungehorsams nur auf Antrag eintreten (§ 60 Abs. 3 Z. P. O.), so kann der gleiche Effekt auch jetzt erreicht werden.

§ 31. Sukzession in die Parteirolle.[1])

I. Eine solche liegt dann vor, wenn im anhängigen Prozesse an Stelle der die eine Prozeßpartei bildenden Person eine andere Person derart tritt, daß jene nun aus dem Prozesse ausscheidet; es wird dann so angesehen, als ob der Sukzedent von vorneherein die Prozeßpartei gewesen wäre. Nicht unter den Begriff der Sukzession fällt es, wenn statt eines gesetzlichen Vertreters ein anderer, für die prozeß- oder dispositionsunfähig gewordene Partei ein gesetzlicher Vertreter, z. B. für den Gemeinschuldner der Masseverwalter, für den gerichtlich erklärten Verschwender sein Kurator eintritt.

Das Bedürfnis nach der Zulassung eines Parteiwechsels während des Prozesses beruht auf der rechtlichen Möglichkeit einer außerprozessualen Sukzession in Rechtsverhältnisse. Steht das Prozeßrecht diesen auch derart selbständig gegenüber, daß es ihnen die Bedeutung für den Prozeß beimessen oder absprechen darf, so daß also eine privatrechtliche Sukzession nicht notwendigerweise eine prozessuale nach sich zieht, und daß es auch Fälle prozessualer ohne eine privatrechtliche Sukzession geben kann,[2]) so muß doch das Prozeßrecht zu diesem Probleme Stellung nehmen.

Das tut es folgendermaßen: eine prozeßrechtliche Sukzession ist nicht nach Belieben einer oder beider Prozeßparteien, sondern nur kraft besonderer Norm zulässig; ohne eine solche sind die Parteien bindend für das Verfahren durch die Klage,[3]) den Sicherungs- oder Exekutionsantrag bestimmt. Das erfordert die Ordnung des Verfahrens. Die besonderen Normen, welche eine prozessuale Sukzession zulassen, knüpfen nun freilich vielfach an das bürgerliche Recht an; allein auch in Fällen einer solchen Anknüpfung ist der Tatbestand der prozessualen von jener der privatrechtlichen Sukzession verschieden, so daß rechtlich die prozessuale und die private Sukzession voneinander unabhängig sind. Im einzelnen gilt folgendes:

a) Der Tod[4]) einer Prozeßpartei vermag zur prozessualen Sukzession[5]) sowohl im anhängigen Erkenntnis- als im anhängigen Exekutionsverfahren (§ 155 Z. P. O.; § 34 E. O.) zu führen. Allein eine solche muß nicht eintreten;[6]) ist der Tote durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten, so geht das Erkenntnisverfahren für und gegen ihn

[1]) Menger, Lehre von den Streitparteien (in Grünhuts Zeitschr. VII. S. 705 ff.); Sperl, Sukzession in den Prozeß (1895); Trutter S. 92 ff.; Skedl I. S. 128 ff.; Neumann, E. O. S. 37 ff.; Nosek, Rechtswirkungen des Urteiles gegen dritte Personen (G. Z. 1899 Nr. 29 f.) Alfred Schultze, Vollstreckbarkeit der Schuldtitel (1891); Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft S. 92 ff. (1901).

[2]) Sperl S. 104 ff.; R. Pollak in Grünhuts Zeitschr. XXII. S. 745; a. M. Menger a. a. O. S. 705; Skedl I. S. 129 Anm. 16.

[3]) Nicht erst durch die Klagzustellung; a. M. Horten in G. H. 1900 S. 559; Skedl I. S. 128.

[4]) Um der Einfachheit willen wird nur dieser Fall der Universalsukzession betrachtet; vergl. über die anderen Fälle Sperl S. 150 ff.; Skedl I. S. 129 ff.; Hellwig a. a. O. S. 145 ff.; Mitteilungen des dtsch. Jur. Ver. 1875 S. 49 ff.

[5]) A. M. Trutter S. 92, weil der Erbe den Erblasser repräsentiere.

[6]) A. M. Skedl I. S. 129: die Sukzession trete hier ipso iure ein; siehe dagegen § 156 Z. P. O.

ohne Unterbrechung weiter und wird für und gegen ihn („seinen Nachlaß") beendet,[7]) wenn die Rechtsnachfolger nicht eingetreten sind (§ 155 Z. P. O.); im Exekutionsverfahren geht die Exekution auch gegen[8]) einen Nachlaßkurator bis zur eingebrachten Erbserklärung weiter (§ 811 a. b. G. B.; § 34 E. O.), die Immobiliarexekution dann sogar ohne einen solchen, wenn die bücherliche Anmerkung der Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung noch vor dem Tode des Verpflichteten erfolgte (§ 34 Abs. 2 E. O.). Führt demnach der Tod einer Prozeßpartei nicht stets zu einer Sukzession, so ist eine solche doch als Regel vorausgesetzt, ihr Nichteintreten nur in den genannten Ausnahmen vorgesehen. Nur muß es keine solche des Erben (also des privatrechtlichen Universalsukzessors) sein.

Im Erkenntnisverfahren ist die Rechtslage folgende: die Zivilprozeßordnung erwartet zwar, es werde nur jener als „Rechtsnachfolger" in den Prozeß eintreten, der Erbe sei; allein aus naheliegenden, wenn auch vielleicht nicht gerechtfertigten[9]) Gründen der Prozeßökonomie verzichtet sie darauf, diese Übereinstimmung zwischen dem privatrechtlichen und dem prozeßrechtlichen Rechtsnachfolger stets herzustellen. Sie regelt vielmehr die Situation folgendermaßen: der Erbe muß in den Prozeß des Erblassers auf Verlangen eintreten und aufgenommen werden,[10]) ob er oder der Prozeßgegner damit einverstanden sind oder nicht (§§ 155, 157 Z. P. O.); der als Erbe Geladene muß als der prozessuale Rechtsnachfolger des Verstorbenen zugelassen werden, falls er seine Erbenqualität nicht bestreitet[11]) (§ 157 Z. P. O.); der als Erbe Auftretende, falls ihm der Prozeßgegner die Erbenqualität zugesteht oder sie nicht bestreitet (§§ 157, 266 Z. P. O.); der als Erbe Geladene endlich wird auf die bloße Bescheinigung seiner privatrechtlichen Sukzession durch Zwischenentscheidung[12]) zur prozessualen Rechtsnachfolge dann gezwungen, wenn er auf die Ladung säumig ist (§ 156 Z. P. O.). In den drei letzten Fällen ist es also möglich, daß der prozessuale Rechtsnachfolger kein Erbe ist, daß die privatrechtliche und prozessuale Sukzession auseinanderfallen; das Gericht hat keinen Behelf, um dies zu verhindern. Bei der Endentscheidung kommt dann nicht die Erbenqualität, sondern nur jene als prozessualer Rechtsnachfolger in Betracht;[13]) der wahre Erbe aber vermag in den Prozeß nicht mehr einzutreten, da für diesen die Rechtsnachfolge schon be-

---

[7]) Die Vollstreckung geschieht dann nach den §§ 9 ff. E. O.

[8]) Stirbt der betreibende Gläubiger, ohne eine Prozeßvollmacht erteilt zu haben, so geht die Exekution insolange weiter, als dies ohne Antrag des betreibenden Gläubigers sein kann.

[9]) Vergl. § 217 dtsch. Z. P. O.

[10]) Falls nicht schon ein Pseudoerbe eingetreten ist; siehe den Text.

[11]) Mit dieser Bestreitung ist er bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung erster Instanz nicht präkludiert, da keine Zwischenentscheidung über seine Rechtsnachfolge ergeht, insolange er sie nicht bestreitet.

[12]) Sie ist keine prozeßleitende Verfügung.

[13]) A. M. Kohler, Gesammelte Beiträge S. 322 ff.: die Erbenqualität sei der Entscheidungsgrund; freilich weicht die Textierung des § 217 dtsch. Z. P. O. von jener des § 156 Z. P. O. ab.

stimmt ist[14]) (§§ 156, 157 Z. P. O.). Andererseits geht den Erben dann auch dieser Prozeß nichts mehr an, und er kann noch mit einer abgesonderten Klage wegen desselben Anspruches verfolgen und verfolgt werden. Daß dann möglicherweise ein Erbe und ein Pseudoerbe zu derselben, privatrechtlich nur dem Erben obliegenden Leistung verurteilt werden, nimmt das Gesetz in der Erwägung in den Kauf, daß dem Erben damit nur sein Recht wird, und daß der Pseudoerbe es hätte aufdecken lassen können, daß er nicht der Erbe ist; hielt er sich aber für den Erben oder wurde er trotz seiner Bestreitung vom Gerichte als solcher festgestellt, so steht ihm ja die Wiederaufnahmsklage nach § 530 Z. 7 Z. P. O. zu. Ähnliche Erwägungen liegen für die dargestellte Normierung der Rechtsnachfolge auf der klägerischen Seite vor.

Im Exekutionsverfahren darf jener als Universalsukzessor auf Grund des Exekutionstitels seines Vorgängers auftreten, der seine Erbenqualität durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden beweist (§ 9 E. O.); die Einantwortungsurkunde ist eine solche, obgleich sie unter Umständen auch einen falschen Erben deklarieren kann (§ 823 a. b. G. B.). Die gleichen Normen gelten für die Universalsukzession in die Rolle des Verpflichteten.

b) Die privatrechtliche Singularsukzession (z. B. durch eine Zession, Schuldübernahme,[15]) iure crediti-Einantwortung) in einen Anspruch hat in aller Regel prozessual gar keine Wirkung; „die Veräußerung einer im Streit verfangenen[16]) Sache oder Forderung übt auf den Prozeß keinen Einfluß“ (§ 234 Z. P. O.), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie entgeltlich oder unentgeltlich, freiwillig oder gerichtlich erzwungen war,[17]) ob sie während des Erkenntnis- oder während des Exekutionsverfahrens erfolgte (§ 10 E. O.), ob sie nur den streitigen Anspruch oder ein Vermögen betraf.[18]) Konsequenterweise geht der Prozeß unter den bisherigen Parteien weiter, hat materiellrechtliche Wirkungen für sie und nur für sie: dem können die Parteien freilich durch eine mit dem Prozeßgegner des Sukzedenten vereinbarte Sukzession des Erwerbers entgehen (§ 234 Z. P. O.); allein in Ermanglung einer solchen trifft die materielle Wirkung des Prozesses den Erwerber grundsätzlich mangels entsprechender Norm nicht,[19]) ein

[14]) Die Entlassung der als Rechtsnachfolger Geladenen und die Ladung anderer ist arg. § 237 Z. P. O. einseitig nur bis zum Beginne der Tagsatzung, zu der geladen wurde, und im Säumnisfalle bei dieser, später nur mit Zustimmung des Prozeßgegners zulässig. Das Gleiche gilt für den Eintritt Nichtgeladener, die sich als Rechtsnachfolger gerieren.

[15]) Das Indossament gewährt (in der Regel) selbständige Rechte; prozessual eht es der Zession gleich.

[16]) Das heißt „streithängigen“; v. Schuster S. 230; Pfaff-Schey Nr. 545. Veräußert der Kläger vor diesem Zeitpunkte, so fehlt ihm also die Sachlegitimation.

[17]) Überzeugend trotz des Wortes „Veräußerung“ im § 234 Z. P. O.; Schultze S. 48 ff.; Skedl I. S. 131; zust. jetzt auch Hellwig a. a. O. S. 151 ff.

[18]) Wie z. B. beim „Kauf“ eines Handelsgeschäftes mit Aktiven und Passiven.

[19]) Neumann, Komm. I. S. 551; II. S. 64; Wachtel S. 221; v. Schuster S. 230; Gl. U. Nr. 1560, 7974 und 1548; zweifelnd Demelius S. 394; a. M. Gl. U. Nr. 278, 438, 10140, 4871; Fragenbeantwortung S. 48 mit zwei-

Resultat, welches sich auch arg. e contr. des § 9 E. O. ergibt. Darum bedarf man wider den Sukzessor eines neuen Erkenntnisverfahrens, in welchem zwar die Entscheidung des früheren eine unverrückbare Grundlage bildet (§ 1394 a. b. G. B.), aber keine Rechtskraft hat (§ 12 a. b. G. B.; § 234 Z. P. O.); ja, die beiden Prozesse können sogar nebeneinander hergehen, nur daß die Entscheidung des Prozesses gegen den Veräußerer für den noch anhängigen Prozeß gegen den Erwerber die Grundlage wieder schafft.

Diese gesetzliche Regelung nun bedeutet zwar eine recht bedenkliche Abänderung des im § 406 Z. P. O. und im § 35 E. O. ausgesprochenen Grundsatzes, daß das Urteil nicht nach dem Stande zur Zeit der Klage, sondern nach jenem der letzten mündlichen Verhandlung[20]) zu erfließen habe; hier darf es eine während des Verfahrens eingetretene Tatsache nicht berücksichtigen, der Veräußerer bleibt zur Sache legitimiert. Aber diese Ausnahme ist eine absichtliche; denn sie wurde abweichend von dem Regierungsentwurfe beschlossen, der dem deutschen Rechte folgen wollte.[21]) Wir sind demnach nicht berechtigt, ohne zwingenden Grund von der Regel des österreichischen Rechtes abzugehen und eine erweiterte Rechtskraft für und wider den Erwerber zu statuieren, sondern müssen uns mit der obgenannten Tatbestandswirkung des gegen den Veräußerer erwirkten Urteiles begnügen. Während das römische Recht die Veräußerung der res litigiosa (also während des Erkenntnisverfahrens) für ungültig erklärte,[22]) und während das deutsche Recht sie erlaubt, aber den Sukzessor der erweiterten Rechtskraft des Urteiles im anhängigen Prozesse unterwirft, trennt das österreichische Recht im Erkenntnis- wie im Exekutionsverfahren die privatrechtliche völlig von der prozessualen Singularsukzession, läßt diese nicht als eine Folge jener eintreten, sondern beschränkt jener, prozessuale Bedeutung auf die Tatbestandswirkung.[23])

So sinnfällig und einfach sicherlich die gewählte Regelung ist, so begegnet sie doch in einzelnen Fällen schweren Bedenken dadurch, daß sie ein Handeln in fraudem des Prozeßgegners erleichtert. Für manche dieser Fälle gewährt das Gesetz darum eine Abhilfe. Für grundbücherlich einverleibte Rechte schützen die §§ 61 ff. Grundb. Ges., §§ 88, 98 Abs. 2, 135 E. O. den Prozeßgegner, der darnach die gegen den

fellos unrichtiger Berufung auf § 9 E. O.; v. Canstein S. 82 (der den Zedenten für berechtigt erklärt, das Urteil auf den Namen des Zessionärs stellen zu lassen); Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 236 ff. wegen der Zulässigkeit des vereinbarten Eintrittes des Sukzessors in den Prozeß; ein zweites Argument (das Gesetz sei widerspruchsvoll, wenn es die Veräußerung der res litigiosa zulasse, ihr aber jede prozessuale Bedeutung versage) läßt er selbst in der Folge fallen.

[20]) Ungenau, weil die Möglichkeit einer nicht sofort nach Schluß der Verhandlung erfolgenden Urteilsfällung (§§ 414, 415 Z. P. O.) nicht beachtend, textiert § 406 Z. P. O.: „. . . zur Zeit der Urteilsschöpfung".

[21]) Entwurf § 428; Materialien II. S. 323; dtsch. Z. P. O. §§ 325, 727.

[22]) l. 5 C. 8, 36; nor. 112 cap. 1.

[23]) Um dieser willen darf der Sukzessor intervenieren, ist aber kein Nebenintervenient nach § 20 Z. P. O., da ihn die Rechtskraft des Urteiles nicht trifft; a. M. Wachtel S. 221.

Rechtsvorgänger begonnene Exekution, z. B. gegen den bücherlichen Nachfolger, fortsetzen darf,[24]) also nicht gezwungen ist, den letzteren erst auszuklagen. In manchen anderen Fällen durchlöchert das Gesetz seine Regel des § 234 Z. P. O. und gestattet der privatrechtlichen Sukzession einen weitergehenden Einfluß auf den Prozeß. Das sind folgende Fälle: 1. die Vereinbarung des Sukzessors mit dem Prozeßgegner des Sukzedenten, kraft deren der Sukzessor dann als Partei eintritt (§ 234 Z. P. O.); sie darf ausdrücklich und stillschweigend[25]) erfolgen und bedarf der Zustimmung des Sukzedenten nicht,[26]) da dieser seinem Sukzessor gegenüber kein Recht hat, die Prozeßpartei zu bleiben; 2. Anfechtungsprozesse eines Gläubigers, in welche nach der Konkurseröffnung an die Stelle des Gläubigers die Gläubigerschaft tritt[27]) (§§ 40, 42 Anf. Ges.); 3. Eintritt der Opponenten wider eine Forderungsliquidierung im Konkurse in den schon vor der Konkurseröffnung zwischen dem Gemeinschuldner und dem Fordernden anhängig gewesenen Prozeß[28]) (§§ 124, 134 K. O.); 4. im Exekutionsverfahren darf jede privatrechtliche Singularsukzession zur prozessualen führen, die durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (z. B. durch Lebenszeugnisse, das Grundbuch) als dem Erkenntnisverfahren nachfolgend (§ 234 Z. P. O.) bewiesen ist, oder die einen der Fälle der §§ 59, 60, 61 Grundb. Ges., § 46 Anf. Ges. betrifft; der Sukzessor darf — ohne ein neues Urteil[29]) — als betreibender Gläubiger auf Grund des Exekutionstitels seines Vormannes auftreten, und ebenso darf wider den Sukzessor auf Grund des Exekutionstitels wider seinen Vormann mit der Exekution vorgegangen[30]) oder fortgefahren[31]) werden (§§ 9, 98 Abs. 2, 135 E. O.; siehe S. 25).

c) Eine lediglich prozessuale Sukzession ohne die parallel laufende privatrechtliche ist in zwei Fällen zulässig: 1. beim Nebenintervenienten mit der Einwilligung beider Prozeßparteien (§ 19 Z. P. O.) ohne Rücksicht auf die Art der Nebenintervention; mit dieser Sukzession endet dann die Nebenintervention; 2. bei der laudatio auctoris[32]) (§§ 22 ff.

---

[24]) So auch schon das frühere Recht; Gl. U. Nr. 74, 1548, 4871, 5977, 5978 (auf Grund der Pränotation gegen den Vormann wurde die Exekution gegen den Nachfolger bewilligt), 7706, 8716; in Gl. U. Nr. 13486 ist der Tatbestand nicht klar.

[25]) A. M. Skedl I. S. 132, der die „Zustimmung" des § 234 Z. P. O. von der „Einwilligung" des § 19 Z. P. O. unterscheidet.

[26]) A. M. Trutter S. 93; Skedl I. S. 132; Petschek a. a. O. S. 242.

[27]) Menzel, Das Anfechtungsrecht S. 285 ff.; 307 ff.; Krasnopolski, Anfechtungsrecht S. 68 ff.; R. Pollak, Konkursrecht S. 347 ff.;

[28]) R. Pollak, Konkursrecht S. 266 ff.

[29]) Vergl. Pfaff-Schey Nr. 506. Hierin liegt eine Verkehrung der Prozeßlast: der Sukzessor wird in die Klägerrolle (§§ 35 ff. E. O.) gedrängt, weil gegen ihn öffentliche oder beglaubigte Urkunden vorliegen; die Situation hat Ähnlichkeit mit jener im Urkundenprozesse.

[30]) Z. E. Nr. 116, 236; Pfaff-Schey Nr. 621 (Grundbuchsfälle); Nosek a. a. O. S. 240 hat den § 9 E. O. mißverstanden. Vergl. Z. E. Nr. 349 (ein ungarisches Gericht hatte die Exekution gegen einen anderen als den im Exekutionstitel Genannten bewilligt).

[31]) Pfaff-Schey Nr. 674 (die Sukzession bezog sich nur auf das Pfandobjekt).

[32]) Skedl I. S. 255 ff.; vergl. auch

Z. P. O.). Die Situation ist hier folgende: Jemand ist als Besitzer einer Sache oder eines dinglichen Rechtes mit einer Leistungsklage (denn nur bei einer solchen vermag der Beklagte den klägerischen Anspruch zu befriedigen, wie dies § 24 Z. P. O. voraussetzt) belangt, behauptet aber, er sei lediglich detentor alieno nomine, oder er habe nur einen abgeleiteten Besitz (z. B. als Pächter), und wünscht seine Parteirolle auch wider Willen des Prozeßgegners[33]) (§ 23 Z. P. O.) seinem Auktor zu übergeben, selbst aber des Prozesses entlassen zu werden. Diese Sukzession des Auktors ist zulässig, wenn dieser und der Laudant übereinstimmen, auch wenn der Nominierte gar nicht Auktor, wohl aber der Beklagte der Besitzer ist. Da nun der Nominant des Prozesses zu entlassen ist (§ 23 Z. P. O.) und nach dem Wortlaute des Gesetzes von der Rechtskraft[34]) und Vollstreckbarkeit[35]) des in ihm erfließenden Urteiles nicht berührt würde, so ladet das Institut der laudatio auctoris geradewegs zu Kollusionen zum Nachteile des Klägers ein und ist darum für diesen bedenklich;[36]) darnach wird man zur Vermeidung dieser unerträglichen Konsequenzen hier allerdings (anders als sub b) eine Ausdehnung der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Urteiles wider den Laudanten annehmen müssen, obwohl § 21 ff. Z. P. O. sie nicht normiert, ja nicht einmal andeutet.

Andere Fälle prozessualer Sukzession gibt es nicht.

II. Die Form der prozessualen Sukzession ist die Erklärung des Eintrittes in den Prozeß. Sie kann ausdrücklich oder durch Eintritt geschehen; aber einen ipso iure-Eintritt gibt es nicht.[37]) In der Regel geht die Erklärung vom Sukzessor aus, doch nicht immer; denn bei der Universalsukzession kann sie wider Willen des Sukzessors vom Gerichte ausgehen (siehe Ia), bei der auf § 9 E. O. gestützten Sukzession in die Verpflichtetenrolle beruht sie auf einer Erklärung des Prozeßgegners. Wo eine Erklärung des Sukzessors erfordert wird, reicht sie nur bei der Universalsukzession aus; in allen anderen Sukzessionsfällen bedarf sie noch einer Zustimmungserklärung, und zwar bei der Singularsukzession des Prozeßgegners, bei der nominatio auctoris des Beklagten, bei der Nebenintervention beider Prozeßparteien.

Eine Unterbrechung des Verfahrens (siehe § 90) hat die prozessuale Sukzession nur beim Tode jener Prozeßpartei zur Folge, die

Stammler, Einrede aus dem Recht eines Dritten S. 28 ff.; Hellwig, Rechtskraft S. 72 ff.

[33]) Nur bis einschließlich der ersten Tagsatzung (§ 24 Abs. 1 Z. P. O.) und nur hinsichtlich der der nominatio unterzogenen Ansprüche (§ 23 Abs. 1 Z. P. O.).

[34]) Skedl I. S. 268; Neumann, Komm. I. S. 175; a. M. v. Fürstl I. S. 49; Ullmann S. 36 (unter irriger Berufung auf § 9 E. O.). Anders § 76 der dtsch. Z. P. O.

[35]) Skedl I. S. 268; a. M. v. Fürstl I. S. 49; Ullmann S. 36; Neumann, Komm. I. S. 176 unter Berufung auf § 262 E. O.; allein bei einer Exekution nach § 262 E. O. ist der Dritte kein Verpflichteter.

[36]) Bedenken vom Standpunkte des Beklagten macht Ehrenzweig in Grünhuts Zeitschr. XXV. S. 315 Anm. 94 geltend, der auch mit Recht das Bedürfnis für die §§ 22—25 Z. P. O. leugnet.

[37]) A. M. Skedl I. S. 129.

nicht durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist (§ 155 Z. P. O.), ferner bei dem Erkenntnisverfahren jener Anfechtungsprozesse, bei denen die Gläubigerschaft dem einzelnen Gläubiger sukzediert[38]) (§ 40 Anf. Ges.).

III. Die Wirkung der prozessualen Sukzession ist in allen Fällen der Eintritt des Sukzessors in den Prozeß in jener Lage, in welcher sich derselbe im Zeitpunkte der Sukzession befindet; von da an hat der Sukzessor die prozessualen und materiellrechtlichen Rechte und Pflichten des Prozesses. In der Regel scheidet der Vormann völlig aus dem Prozesse aus, als ob er nie dessen Partei gewesen wäre; bei der Universalsukzession ergibt sich das aus ihrem Wesen, bei der laudatio auctoris bestimmen es die §§ 23, 241 Z. P. O.,[39]) bei der Singularsukzession und Nebenintervention folgt es aus dem Erfordernisse der Zustimmung; auch bei der auf § 9 E. O. gestützten Sukzession in die Rolle des betreibenden Gläubigers kann ein anderes Resultat nicht ermittelt werden. Bei der auf § 9 E. O. gestützten Sukzession in die Rolle des Verpflichteten aber hört gemäß den Grundsätzen der privatrechtlichen Schuldübernahme der Verpflichtete nicht auf, es zu sein, so daß hier der betreibende Gläubiger zwei Verpflichtete hat; nach denselben Grundsätzen haftet der betreibende Gläubiger, dessen Anfechtungsprozeß die Gläubigerschaft übernimmt, seinem Prozeßgegner nach wie vor für die bis zur Sukzession aufgelaufenen Prozeßkosten.

Eine weitergehende Wirkung hat die Sukzession nicht. Sie berührt also auch die Zuständigkeit des Gerichtes nicht.

§ 32. Die Streitgenossenschaft.[1])

I. Eine Streitgenossenschaft (subjektive Klagenhäufung, litis consortium) liegt dann vor, wenn eine Prozeßpartei aus zwei oder mehreren Personen besteht; man spricht von aktiver oder passiver Streitgenossenschaft, je nachdem die Personenmehrheit auf Seite des Angreifers oder des Angegriffenen vorhanden ist. Irrelevant für den Begriff ist es, ob ein oder mehrere Ansprüche geltend gemacht werden, und ob zwischen den Streitgenossen privatrechtliche Beziehungen bestehen.

Das Privatrecht fordert bisweilen eine solche Streitgenossenschaft. Das ist dann der Fall, wenn dem einzelnen die Geltendmachung eines bestimmten Anspruches versagt und nur der Personenmehrheit gestattet ist. Hiehergehörige Fälle enthalten z. B.: § 890 a. b. G. B.,[2]) die Art. 194,

[38]) § 159 Z. P. O. rezipiert freilich nur die „Konkursordnung", doch muß hierunter ratione legis auch das Anfechtungsgesetz begriffen werden.

[39]) Der ausscheidende Auktor hat einen Kostenersatzanspruch, da die „Streitsache" für ihn erledigt ist (§ 52 Z. P. O.); a. M. Pfaff-Schey Nr. 1004; Neumann, Komm. I. S. 178; Schauer, Z. P. O. S. 539; wie Text Skedl I. S. 264; Wachtel S. 26.

[1]) Skedl I. S. 181 ff.; Demelius, Kritische Studien II. S. 69 ff.; für das gemeine Recht das Meisterwerk Plancks, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten; die umfassende Literatur des zum Teile abweichend geordneten deutschen Rechtes siehe bei Gaupp-Stein I. S. 168 ff.

[2]) Vergl. v. Schey, Obligationsverhältnisse I. S. 253; Petschek I. S. 200.

195, 226 H. G. B., § 25 Gen. Ges., § 242 K. O., § 314 E. O., die Gesetze vom 24. April 1874 Nr. 48, 49. Dagegen besteht ein solcher privatrechtlicher Zwang zur gemeinschaftlichen Prozeßführung nicht für den Pfand- mit dem Afterpfandgläubiger, den Forderungspfandgläubiger mit dem Verpflichteten;[3]) denn vor der Überweisung haben After- und Forderungspfandgläubiger keine Sachlegitimation, nach der Überweisung darf der Verpflichtete nicht mehr verfahren (§ 308 E. O.), sondern für ihn der betreibende Gläubiger.

Das Prozeßrecht deckt sich aber mit dem Privatrechte nicht. Es fordert niemals die Streitgenossenschaft,[4]) auch nicht dann, wenn das Privatrecht sie verlangt. Vielmehr wird auch in diesen Fällen das Verfahren eingeleitet und ein Sachurteil geschöpft; nur weist dieses Sachurteil den unbefugt allein Klagenden wegen des Mangels der Sachlegitimation ab. Dagegen gestattet das Prozeßrecht die Streitgenossenschaft in einer ganzen Reihe von Fällen, unter denen sich auch die obgenannten des Privatrechtes, aber auch viele andere befinden. Zu dieser Gestattung bestimmt die Erwägung, daß dieses Institut die Kosten und Mühen einer Prozeßmehrheit, die Wiederholung von Beweisaufnahmen erspart, und daß es durch die Möglichkeit eines einheitlichen Urteiles divergierende Entscheidungen über denselben Anspruch vermeiden hilft — wozu es freilich auch andere Mittel gibt (§§ 187, 189, 233 Z. P. O.).[5])

Wo die Streitgenossenschaft nicht erlaubt ist, ist sie verboten. Wo das Gesetz sie zuläßt, fördert es sie dadurch, daß die Mehrkosten der Einzelprozesse der oder wider die (nicht vereinigten) Streitgenossen nicht als zur zweckmäßigeu Rechtsverfolgung erforderlich anzusehen sind (§ 41 Z. P. O.), weil sie ohne Nachteil hätten vermieden werden können. Andererseits verbietet das Gesetz die passive Streitgenossenschaft (den Fall der offenen Handels- und Kommanditgesellschaft ausgenommen) im Exekutionsverfahren völlig (arg. §§ 21, 22 E. O.), weil sie sich mit den dasselbe beherrschenden Grundsätzen der Spezialisiernng der Exekution und der Individualisierung des Verpflichteten nicht verträgt. Die Streitgenossenschaft ist in den folgenden, taxativ aufgezählten Fällen gestattet:

a) Bei einer Rechtsgemeiuschaft der Streitgenossen oder „Identität" des tatsächlichen und rechtlichen Grundes ihres Anspruches (§ 11 Z. 1 Z. P. O.); soll in diesen Fällen eine passive Streitgenossenschaft entstehen, so müssen überdies sämtliche Streitgenossen derselben sachlichen Zuständigkeit unterstehen[6]) (§ 93 J. N.), ein Erfordernis, welches wegen des

[3]) A. M. Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 211 ff.

[4]) Vergl. Petschek I. S. 173 Anm. 15; a. M. Ott in G. Z. 1897 S. 331; Ullmann S. 81; Menestrina, l'accessione S. 203 (für den Fall der Hauptintervention); Wachtel S. 15. Undeutlich das Zitat des § 14 Z. P. O. im § 232 Z. P. O.

[5]) Skedl I. S. 191, 213.

[6]) Beißer, Streitgenossenschaft und Zuständigkeit (G. Z. 1899 S. 355 ff.); Neumann, Die Wirkungen der Streitgenossenschaft (G. H. 1901 Nr. 15); die abweichende Meinung von Ruzicka, G. H. 1901 Nr. 12, und von Wien, G. H. 1902 Nr. 17, ist nach dem Inhalte und der Stellung des § 93 J. N. im Gesetze und nach seiner Marginalrubrik (Gerichtsstand) nicht haltbar. —

§ 51 Z. 1 J. N. diese Art der Streitgenossenschaft häufig unzulässig macht. Eine zu enge Auslegung des § 11 Z. 1 Z. P. O. würde zur Identifizierung dieser mit der einheitlichen Streitgenossenschaft (§ 14 Z. P. O.) führen; um diesem Resultate auszuweichen, muß man es als genügend ansehen, daß dasselbe Rechtsverhältnis die Ansprüche für oder wider die Streitgenossen begründe.[7]) Beispiele: Miteigentum, Miterbschaft, Rückgriffsansprüche nach Art. 51 des Übereinkommens vom 14. Oktober 1890 Nr. 186 ex 1892; Anfechtungsansprüche nach § 15 des Ges. vom 16. März 1884 Nr. 36; offene Handelsgesellschaft.

b) Bei einer Berechtigung oder Verpflichtung aus demselben Wechsel; die Zulässigkeit dieser Streitgenossenschaft ergibt sich wegen der originären Natur der Wechselrechte nicht aus § 11 Z. 1 Z. P. O., sondern aus Art. 49 W. O., §§ 89, 93 J. N.

c) Gegen den Hauptschuldner und den Bürgen als passive Streitgenossen,[8]) es sei denn, der Bürge habe das Benefizium der Vorausklage (§ 12 Z. P. O.); auch hier müssen die Streitgenossen derselben sachlichen Zuständigkeit für den geltend gemachten Anspruch unterstehen (§ 93 Z. P. O.). Eine aktive Streitgenossenschaft kann sich aus diesem Falle bei einer Widerklage entwickeln.

d) Bei Hauptinterventionsklagen[9]) (§ 16 Z. P. O.). Eine solche liegt vor, wenn jemand ganz oder teilweise eine Sache oder ein Recht[10]) für sich ausschließend in Anspruch nimmt, über welche zwischen zwei anderen Personen ein Erkenntnisverfahren in einer beliebigen Prozeßart im Zuge ist, und wenn er nun diese beiden Parteien des Vorprozesses mit einer Klage belangt. Diese (passive) Streitgenossenschaft ist auch dann zulässig, wenn die Klage gegen jeden von ihnen einen anderen Rechtsschutzanspruch geltend macht,[11]) und wenn gegen den einen Leistungs-, gegen den anderen Feststellungsklage erhoben wird; nur kann nach der Situation bei Klagerhebung[12]) gegen den Kläger des Vorprozesses nur eine Feststellungsklage erhoben werden.[13]) Die Voraussetzung der Hauptinterventionsklage ist nur die Identität des Gegenstandes ihres und des Vorprozesses, und die Streithängigkeit (des Erkenntnisverfahrens) des letzteren (§ 16 Z. P. O.). Sind diese Voraussetzungen gegeben und wird

---

Der Text gilt wegen Art. I Einf. Ges. zur J. N. auch für die Rückgriffsklagen nach Art. 53, 54 des Übereinkommens vom 14. Oktober 1890 Nr. 186 ex 1892; a. M. Schauer, Z. P. O. S. 301.

[7]) Ebenso Skedl I. S. 183 Anm. 6; v. Fürstl I. S. 25; Wachtel S. 12.

[8]) Der Fall fällt nicht unter § 11 Z. 1 Z. P. O.; teilweise a. M. Skedl I. S. 184. Hieher gehört die Klage ex syndicatu (Gesetz vom 12. Juli 1872 Nr. 112).

[9]) Ott, Haupt- und Nebenintervention (G. Z. 1897 Nr. 42); Skedl I. S. 219 ff. Unrichtig Kohler, Gesammelte Beiträge S. 272 ff.: es liege keine Streitgenossenschaft vor, sondern der Erstkläger sei nur Intervenient im zweiten Prozesse.

[10]) Die Hauptinterventionsklage ist darum unzulässig, wenn die Vorklage auf Feststellung einer Tatsache (§ 228 Z. P. O.) geht.

[11]) Gaupp-Stein I. S. 182; a. M. Wachtel S. 15; teilweise Neumann, Komm. I. S. 151.

[12]) Im Laufe des Prozesses kann sich das ändern.

[13]) A. M. Demelius S. 182.

die Klage gegen die Streitgenossen erhoben, so ist dann (nicht nur die Streitgenossenschaft zulässig, sondern auch) für sie eine wahlweise Zuständigkeit beim Gerichte des Vorprozesses begründet[14]) (§ 94 J. N.), und zwar als örtliche und sachliche, wenn es sich um einen vermögensrechtlichen Anspruch handelt, sonst nur als örtliche[15]) (§ 95 J. N.).

Der Hauptinterventionskläger will die Sache oder das Recht für sich haben und kann diesen Erfolg nur durch die Besiegung beider Streitgenossen erzielen; sein Sieg macht dann auch die Entscheidung des Vorprozesses leicht. Dennoch hat das Gesetz weder eine gemeinschaftliche Verhandlung der beiden Prozesse angeordnet, noch der früheren Entscheidung eine Rechtskraftwirkung für den noch anhängigen Prozeß gegeben, noch die Unterbrechung des Vorprozesses durch den Hauptinterventionsprozeß geboten. Beide Prozesse laufen daher unabhängig voneinander, ihre Entscheidung mit einem einheitlichen Urteile ist sogar verboten (§ 187 Z. P. O.), ihre Vereinigung zu einer Verhandlung und die Unterbrechung des einen um des anderen willen dem gerichtlichen Ermessen überlassen[16]) (§ 190 Z. P. O.).

Mit der Nebenintervention ist die Hauptintervention nur durch den terminus, aber gar nicht sachlich verknüpft; die Zulässigkeit der Hauptintervention schließt sogar aus, daß jener, der Hauptintervenient sein könnte, Nebenintervenient wird[17]) (siehe S. 142 ff.).

e) Bei Widerspruchsklagen[18]) (Exszindierungs-, Exekutionsinterventionsklagen) gegen Exekutionen. Dieser Fall ist eine Ergänzung des vorigen.[19]) Die Zulässigkeit der Hauptinterventionsklagen endet mit der rechtskräftigen Erledigung des Vorprozesses. Nun kann sich aber auch im Exekutionsverfahren eine ähnliche Situation dadurch ergeben, daß „Gegenstände" in Exekution gezogen werden, an denen oder an deren Teile eine dritte Person „... ein Recht behauptet,[20]) welches die Vornahme der Exekution unzulässig machen würde" (§ 37 E. O.). Diese Situation ergibt sich am leichtesten bei der Exekution auf bewegliche körperliche Sachen,

---

[14]) Demelius S. 183 erklärt sie als Essentiale der Hauptinterventionsklage, da sonst nur eine Streitgenossenschaft vorläge; was dann, wenn alle drei Parteien am selben Orte wohnen?

[15]) Diese Differenzierung machen Demelius S. 183; Ullmann S. 27; Neumann, Komm. I. S. 152 nicht; de lege ferenda kann sie auch nicht empfohlen werden.

[16]) Ott S. 330; Demelius S. 385; a. M. Skedl I. S. 243, auf den Wortlaut des § 187 Z. P. O. gestützt.

[17]) A. M. Wachtel S. 18.

[18]) v. Schrutka-Rechtenstamm, Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung beweglicher Sachen (woselbst die frühere Literatur) II.; v. Canstein S. 300 ff.; Skedl I. S. 247 ff.; Ott a. a. O.; Demelius, Sachenrecht S. 41; Neumann, E. O. S. 407 ff.; derselbe, Komm. II. S. 164 ff.; Z. E. Nr. 237 (Geld mit anderem Gelde vermischt ist kein Gegenstand der Widerspruchsklage); Pfaff-Schey Nr. 353, 644 (nicht zu billigen), 1037, 1151; Fellner-Ohmeyer Nr. 69—81, 114, 534, 568. Über das Verhältnis des § 37 E. O. zu § 26 K. O. R. Pollak, Konkursrecht S. 321 f.

[19]) A. M. v. Schrutka II. S. 164 (Rechtsmittel); Krainz I. S. 711 (Negatorienklage).

[20]) v. Canstein S. 301 erklärt die Bescheinigung für erforderlich und hinreichend.

weil bei derselben in der Regel (Ausnahme: § 262 E. O.) die Gewahrsame des Verpflichteten und nicht sein Eigentum am Objekte zunächst über die Einbeziehung dieses Objektes in die Exekution entscheidet (§ 253 E. O.); dieselbe Situation kann sich aber auch bei unbeweglichen Sachen (§ 170 Z. 5 E. O.), bei Forderungen[21]) u. s. f. zeigen. Der Dritte, ein vom betreibenden Gläubiger und Verpflichteten Verschiedener, ist in diesen Fällen zur Wahrung seiner Rechte auf den Klagweg verwiesen, jener des Rekurses ist ihm[22]) verschlossen[23]) (§ 37 E. O.); der Grund für diese seine ungünstige Stellung liegt darin, daß eine ordnungsgemäße,[24]) wenn auch materiell unbegründete Exekution vorliegt. Zum teilweisen Ausgleiche dieses Nachteiles ist der Kläger im Gerichtsstande begünstigt (§ 37 E. O.). Die Klage richtet sich gegen den betreibenden Gläubiger, ist eine Rechtsgestaltungsklage und will bewirken, daß die Exekution am betreffenden Objekte oder Teile des Objektes eingestellt,[25]) und falls diese schon zur Verwertung des betreffenden Objektes geführt hat, daß dieser Erlös nicht dem betreibenden Gläubiger ausgefolgt werde;[26]) ihr Klagegrund ist ein Recht des Klägers, „welches die Vornahme der Exekution[27]) unzulässig" macht (§ 37 E. O.). Damit ist die Frage natürlich nicht beantwortet, welche Rechte dies seien;[28]) die Antwort muß anderen Normen des Privat- und Prozeßrechtes entnommen werden.

Darnach ergibt sich folgendes: der Exekution sollen nur die Vermögensstücke des Verpflichteten unterliegen. Wer ein Privatrecht[29]) hat, welches das Eigentumsrecht des Verpflichteten oder jenes Recht desselben

---

[21]) Z. E. Nr. 59; v. Canstein S. 302. Wird eine Forderung nicht des Verpflichteten, sondern eines Dritten exequiert, so steht dem Dritten also die Klage des § 37 E. O., daneben dem Drittschuldner der Rekurs frei; § 294 E. O.; Menestrina S. 7 ff.; a. M. Fellner-Ohmeyer Nr. 628.

[22]) Über das Rekursrecht des Verpflichteten siehe vorläufig Fellner-Ohmeyer Nr. 69, 70.

[23]) Pfaff-Schey Nr. 325; Fellner-Ohmeyer Nr. 176; eine Ausnahme siehe Anm. 32.

[24]) Bei einer ordnungswidrigen Exekutionsbewilligung steht dem Dritten das Rekursrecht zu; Neumann, Komm. II. S. 165; Pfaff-Schey Nr. 338, 803; gegen einen ordnungswidrigen Vollzug allenfalls auch die Beschwerde des § 68 E. O.; nur letztere räumen Neumann, E. O. S. 408, Fellner-Ohmeyer Nr. 182 ein.

[25]) Hat die Klage Erfolg, so muß der Staat die Exekution einstellen. Über die Formulierung des Antrages siehe Pfaff-Schey Nr. 195. Über die Situation R. Pollak, Exekution zivilgerichtlicher Befehle (in Grünhuts Zeitschr. XXX.). — Ob mit dieser Klage auch eine Leistungsklage gegen den betreibenden Gläubiger aus dem Privatrechtsanspruche verbunden werden dürfe, ist nicht durch § 37 E. O., sondern durch § 227 Z. P. O. bestimmt; der Gerichtsstand des § 37 E. O. gilt hiefür jedenfalls nicht; Neumann, Komm. II. S. 177; Pfaff-Schey Nr. 1180.

[26]) Weiter gehen Neumann, Komm. II. S. 177; v. Wöß, Die Haftpflicht des Gläubigers aus widerrechtlicher Zwangsvollstreckung (G. Z. 1903 Nr. 3 f.): der Kläger dürfe mit der Widerspruchsklage die Ausfolgung des Erlöses fordern; siehe dagegen Anm. 25.

[27]) § 690 (alte Zählung, 771 neue Zählung) d. Z. P. O. textiert: dem Kläger müsse „ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehen".

[28]) Sie ist in Deutschland Gegenstand heftigsten Streites; siehe v. Schrutka a. a. O. und die bei Skedl I. S. 247 Anm. 4 angeführte Literatur.

[29]) Pfaff-Schey Nr. 803.

ausschließt, welches gepfändet werden soll, der ist darum zur Klage des § 37 E. O. legitimiert, denn dann ist die Exekution unzulässig; es ist gleichgültig, ob dieses klägerische Recht sein Eigentumsrecht[30]) oder ein solcher obligatorischer Anspruch (z. B. ex deposito, commodato)[31]) ist, welcher auf Herausgabe, nicht bloß auf Übertragung des Objektes gerichtet ist, und der darum das Eigentums- oder sonst in Exekution gezogene Recht des Verpflichteten ausschließt; dem Eigentum muß überdies wegen des Art. 372 H. G. B. der Anspruch des Kommittenten an den Kommissionär auf die Herausgabe des Gutes gleichgestellt werden.[32]) Damit ist jedoch nur die eine Gruppe der hiehergehörigen klägerischen Ansprüche erschöpft; die zweite Gruppe wird von den iura in re aliena und den Besitzrechten gebildet. Für diese gilt folgendes: bücherlich apparierende iura in re aliena bilden keinen Klaggrund nach § 37 E. O., denn für sie ist vom Gesetze anderweitig gesorgt (§§ 216, 225 E. O.); dasselbe gilt für Pfand- und Vorzugsrechte an beweglichen Sachen[33]) (§§ 258, 285 E. O.). Aber alle anderen dinglichen Rechte,[34]) insbesondere außerbücherliche[35]) Rechte dieser Art, ferner die Besitzrechte[36]) vermögen die Widerspruchsklage gegen den betreibenden Gläubiger zu begründen; denn ist auch nicht jede Exekution, so ist doch eine solche unter Nichtbeachtung dieser Rechte unzulässig[37]) (§ 367 a. b. G. B.; § 269 E. O.). Andere klägerische Ansprüche als die genannten begründen dagegen diese Klage nicht, insbesondere also nicht solche obligatorische Ansprüche, welche, wie z. B. Mietrechte, Kaufrechte, Anfechtungsansprüche,[38]) das Eigentumsrecht des Verpflichteten nicht berühren.

Die Zulässigkeit der Widerspruchsklage nach § 37 E. O. beginnt mit der Stellung des Antrages auf die Exekutionsbewilligung und dauert bis zur Beendigung der Exekution[39]) (§ 37 E. O.), und zwar auch bei Immobilien nicht nur unter der Voraussetzung, daß der Anspruch spätestens im Versteigerungstermine vor Beginn der Versteigerung bei Gericht angemeldet wurde (§ 170 Z. 5 E. O.), da hiedurch nur der Anspruch erloschen ist, die Versteigerung der Liegenschaft zu hindern. Ist das Exekutions-

---

[30]) Das ist der typische Fall. Vergl. hiezu Z. E. Nr. 30 (Eigentum an Inhaberpapieren), 237 (an Geld); Pfaff-Schey Nr. 195, 1151 (pacta reservati dominii), 1037, 1180.

[31]) v. Schrutka II. S. 82 ff.; Neumann, E. O. S. 409; teilweise a. M. v. Canstein S. 301 f.

[32]) Der bücherliche Eigentümer, welcher nicht auch Verpflichteter ist, hat neben der Widerspruchsklage das Rekursrecht wegen § 133 Z. 1 E. O.

[33]) v. Canstein S. 301 ff. faßt diese Klage als einen Fall der Widerspruchsklage auf.

[34]) Skedl I. S. 247 Anm. 4; Neumann, E. O. S. 410; a. M. Pfaff-Schey Nr. 756 (für Fruchtgenußrechte).

[35]) Pfaff-Schey Nr. 325.

[36]) Pfaff-Schey Nr. 325.

[37]) Die Widerspruchsklage wegen solcher Rechte wird natürlicherweise unzulässig, wenn die Exekution mit ihrer Aufrechterhaltung erfolgt.

[38]) A. M. Pfaff-Schey Nr. 644.

[39]) Pfaff-Schey Nr. 1180 (das gepfändete Bargeld war dem betreibenden Gläubiger schon übergeben, daher die Widerspruchsklage unzulässig); Fellner-Ohmeyer Nr. 578 (insolange der Versicherungserlös noch nicht verteilt ist, ist diese Klage zulässig).

objekt oder sein Erlös dem betreibenden Gläubiger schon übergeben,[40]) dann[41]) ist die Widerspruchsklage jedenfalls unzulässig, und es bleibt dem geschädigten Dritten vorbehalten, im Wege des Privatrechtes seinen Ersatz zu suchen.[42])

Aus Zweckmäßigkeitsrücksichten gestattet nun das Gesetz die Bildung einer passiven Streitgenossenschaft zwischen dem betreibenden Gläubiger und dem Verpflichteten (§ 37 E. O.). Der letztere hat die Exekution nicht veranlaßt, kann daher nicht auf die Unzulässigkeit derselben belangt werden;[43]) die Klage gegen ihn ist also eine solche aus dem (gestörten) Privatrechtsanspruche, z. B. auf die Feststellung des Eigentums am Exekutionsobjekte oder auf Herausgabe desselben; das Privatrecht ist hier nicht der Klagegrund, sondern der Klagegegenstand. So liegt hier — zum Unterschiede von der Hauptinterventionsklage — ein Fall der Streitgenossenschaft vor, bei welchem gegen den einen Streitgenossen ein publizistischer, gegen den anderen ein privatrechtlicher Klagegegenstand geltend gemacht wird.[44])

f) Bei der Klage zur Geltendmachung von Pfand- und Vorzugsrechten Dritter[45]) (§ 258 E. O.) an beweglichen Sachen.[46]) Sie bildet die Ergänzung der Widerspruchsklage, steht jenem zu, welcher ein (nicht richterliches) Pfand- oder Vorzugsrecht am Exekutionsobjekte (siehe z. B. Art. 315 H. G. B.) für sich in Anspruch nimmt, ist im Gerichtsstande begünstigt,[47]) geht gegen den betreibenden Gläubiger (nicht wie die Widerspruchsklage auf die Beseitigung seines Pfandrechtes, sondern) auf Feststellung des Rechtes auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse des Pfandobjektes, gegen den Verpflichteten aber auf die Feststellung des (gestörten) Privatrechtsanspruches oder auf die Erfüllung desselben. Auch hier liegen also verschiedenartige Ansprüche gegen die beiden Streitgenossen vor, so daß diese Streitgenossenschaft nicht unter § 11 Z. P. O. subsumiert werden kann;[48]) es ist ein umso eigentümlicherer Fall derselben, als sie „vor Fälligkeit der Forderung" gegen beide Streitgenossen zulässig

---

[40]) Natürlich nicht: zur Verwahrung (§ 259 E. O.).

[41]) v. Schrutka II. S. 90; v. Wöß a. a. O. S. 17; a. M. Neumann, E. O. S. 412: schon mit der Rechtskraft des Meistbotsverteilungsbeschlusses; zu welchem Verfahren ist aber dann die Ausfolgung des Erlöses zu rechnen?

[42]) Vergl. v. Schrutka II. S. 90 ff.; Neumann, E. O. S. 85, 413; v. Wöß a. a. O.; Gl. U. Nr. 9795, 10272.

[43]) v. Schrutka II. S. 165; Neumann, E. O. S. 415; a. M. Skedl I. S. 252 ff.; der auch gegen den Verpflichteten auf Grund des § 37 E. O. nur den Anspruch auf die Freigabe von der Exekution zuläßt.

[44]) A. M. Skedl a. a. O. Wenn er dennoch die Klage aus dem Privatrechtsanspruche gegen den Verpflichteten zuläßt, sie aber nicht auf § 37 E. O. stützt, so fehlt die Norm, welche diesen Fall der Streitgenossenschaft zuließe.

[45]) Neumann, E. O. S. 92 ff.; Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 191; Ott a. a. O. S. 331; v. Canstein S. 302 ff.; Fellner-Ohmeyer Nr. 520—522.

[46]) Bei Immobilien macht das Grundbuch diese Klagen entbehrlich.

[47]) Z. E. Nr. 147.

[48]) A. M. Schauer, E. O. S. 504.

ist, sobald nur die Pfändung des Objektes vollzogen ist. Die Zulässigkeit der Klage endet mit der Beendigung der Exekution.

Pfand- und Vorzugsberechtigte, welche diese Klage gegen den betreibenden Gläubiger nicht erheben, werden bei der Verteilung des Erlöses aus dem Exekutionsobjekte nicht berücksichtigt[49]) (arg. §§ 258, 285 E. O.).

g) Bei Widerspruchsklagen gegen Meistbots- und Ertragsüberschußverteilungen (§§ 128, 232, 286 E. O.) auch dann, wenn sie nicht unter den Fall a passen (§ 11 Z. 1 Z. P. O.). Die Streitgenossenschaft ist eine aktive; mit einer passiven darf sie nur dann zusammentreffen, wenn diese nicht auf lit. g, sondern auf einen anderen Tatbestand begründet wird.

h) Bei Liquidierungsklagen im Konkurse (§ 124 K. O.).

i) Bei Nichtigkeitsklagen gegen den Zwangsausgleich[50]) (§ 242 K. O.).

k) Bei Gleichartigkeit der auf einem im wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhenden Ansprüche (§ 11 Z. 2 Z. P. O.). Dieser, dem österreichischen Rechte eigentümliche Fall aktiver und passiver Streitgenossenschaft dient, wie die anderen, der Ersparnis von Kosten und Mühe, begründet aber mit gutem Grunde nie einen Gerichtsstand der Streitgenossenschaft (§ 11 Z. 2 Z. P. O.), weil es an jeder außerprozessualen Gemeinschaft der passiven Streitgenossen fehlt. Beispiel: ein Ratenhändler klagt mehrere Kunden auf Zahlung rückständiger Raten.

II. Die Begründung einer Streitgenossenschaft erfolgt durch eine Prozeßpartei, nicht durch das Gericht; die richterliche Adzitation des gemeinen ist dem österreichischen Rechte fremd, und die Vereinigung mehrerer Prozesse verschiedener Parteien zur gemeinschaftlichen Verhandlung (§ 187 Z. P. O.) durch das Gericht begründet keine Streitgenossenschaft,[51]) weil die Möglichkeit des gemeinsamen Urteiles fehlt (§ 187 Abs. 2 Z. P. O.), ebensowenig wie aus ähnlichem Grunde die Vereinigung mehrerer Exekutionsverfahren zu einem (§§ 21, 22 E. O.). In der Regel erfolgt die Begründung einer Streitgenossenschaft im Beginne des Erkenntnisverfahrens,[52]) und zwar als aktive durch die Klagerhebung[53]) (arg. § 97 Z. P. O.), als passive durch die Klagzustellung. Aber auch im Laufe des Erkenntnis- und auf aktiver Seite auch des Exekutionsverfahrens vermag die Streitgenossenschaft zu entstehen durch eine Sukzession, durch Beitritt des auctor (§ 24 Abs. 1 Z. P. O.), durch Eintritt eines neuen Handelsgesellschafters in die offene Handelsgesellschaft (Art. 113 H. G. B.), durch die Vereinbarung beider Prozeßparteien mit dem Beitretenden.[54]) Das Gericht ist ohne einen wesentlichen Einfluß auf die Begründung oder Versagung

---

[49]) Die Anmeldung des Anspruches allein genügt also nicht; a. M. Pfaff-Schey Nr. 595.

[50]) R. Pollak, Konkursrecht S. 430 ff.

[51]) A. M. Skedl I. S. 191, 213; R. Schmidt, Lehrbuch S. 868.

[52]) Oder des Sicherungsverfahrens.

[53]) A. M. Skedl I. S. 212 (durch Klagzustellung).

[54]) Die Nebenintervention begründet auch im Falle des § 20 Z. P. O. keine Streitgenossenschaft; Skedl I. S. 393; Neumann, Komm. I. S. 165; a. M. Demelius S. 188; siehe oben S. 147.

einer Streitgenossenschaft, weshalb dieses Institut nicht selten zur Erschleichung der Zuständigkeit des § 93 J. N. mißbraucht wird. Doch hat das Gericht Klagen ad separandum zu verweisen (§ 84 Z. P. O.), bei welchen schon nach den Klagbehauptungen (§ 41 J. N.) kein Fall zulässiger Streitgenossenschaft vorliegt; ergibt sich infolgedessen die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes hinsichtlich eines Streitgenossen, so ist wider ihn die Einleitung des Verfahrens a limine abzulehnen (§ 43 J. N.).

Die Endigung der passiven Streitgenossenschaft fällt spätestens mit dem Ende des Erkenntnisverfahrens zusammen (Ausnahme: die offene Handels- und die Kommanditgesellschaft); die aktive vermag bis zum Prozeßende zu dauern. Beide können aber infolge des freiwilligen Ausscheidens eines Streitgenossen[55]) oder der früheren Beendigung des Prozesses für oder wider einen (z. B. durch Anerkenntnis, Vergleich) auch früher enden.

III. Die Wirkung der Streitgenossenschaft. Hiefür unterscheidet man eine formelle und eine einheitliche Streitgenossenschaft; jene ist die Regel, diese die Ausnahme.

a) Die formelle[56]) Streitgenossenschaft stellt nur eine äußerliche Zusammenziehung mehrerer Prozesse zu einem ohne innere Verbindung derselben her; „jeder der Streitgenossen ist dem Gegner gegenüber im Prozesse derart selbständig, daß die Handlungen oder Unterlassungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vorteile noch zum Nachteile gereichen" (§ 13 Z. P. O.). Formell liegt ein Prozeß vor: eine Klage; eine (nicht in mehrere Verhandlungen wider die einzelnen Streitgenossen trennbare)[57]) Verhandlung; gleichzeitig ablaufende Fristen[58]) (§ 127 Z. P. O.), und zwar derart, daß die zuletzt ablaufende für alle gilt; ein Urteil, dieses allerdings aus zeitlichen Rücksichten teilbar, wenn nämlich der Prozeß für oder wider einzelne früher als für die anderen spruchreif ist[59]) (arg. § 390 Abs. 2 Z. P. O.). Aber inhaltlich laufen mehrere Prozesse verschiedenen Inhalts nebeneinander her, und eine inhaltlich einheitliche Entscheidung derselben wird gar nicht erstrebt. Zwar können die Wissenserklärungen des einen Streitgenossen nach § 272 Abs. 1 Z. P. O. auch für den anderen von Bedeutung sein. Allein die

---

[55]) Ein passiver Streitgenosse bedarf hiezu immer der Zustimmung des Klägers, ein aktiver jener des Beklagten nur gemäß § 237 Z. P. O. Kein Streitgenosse bedarf prozessual der Zustimmung des anderen Streitgenossen.

[56]) Skedl I. S. 183 nennt sie die materielle Streitgenossenschaft; als formelle bezeichnet er die sub I k genannte, auf § 11 Z. 2 Z. P. O. gestützte. Doch ist hinsichtlich der Wirkungen zwischen seiner materiellen und formellen Streitgenossenschaft kein Unterschied.

[57]) Arg. § 189 Z. P. O.: „eines und desselben Anspruches"; Ott S. 330; a. M. Feßler, Die gegenseitige Beweispflicht der Streitgenossen (G. Z. 1899 S. 182 f.).

[58]) § 13 Z. P. O. ist lex generalis, § 127 Z. P. O. lex specialis; wie Text v. Fürstl I. S. 200; a. M. Skedl I. S. 192 für die erstreckten Fristen; Schauer, Z. P. O. S. 419 für alle Fristen formeller Streitgenossen.

[59]) Technische Teilurteile sind das nicht; § 391 Z. P. O.

Willenserklärungen[60]) eines jeden, z. B. seine Einwendungen, Anerkenntnisse, wirken nur für und wider ihn, sein Versäumnis hat nur für ihn Versäumnisfolgen, hat sie aber für ihn, auch wenn die anderen handeln;[61]) jeder betreibt den Prozeß nur für sich[62]) (§ 15 Abs. 1 Z. P. O.). Konsequenterweise darf sich jeder selbständig vertreten lassen,[63]) bekommt sein eigenes Exemplar gegnerischer Schriftsätze (§ 80 Z. P. O.; Ausnahme: § 90 Z. P. O.), darf die seinen (z. B. seine Einwendungen im Urkundenprozesse) selbständig überreichen; nur als Ausnahme von diesen Grundsätzen ist ein jeder Streitgenosse im Prozesse des anderen als Partei, nicht als Zeuge zu vernehmen[64]) (§ 373 Abs. 4 Z. P. O.).

b) Die einheitliche Streitgenossenschaft[65]) ist ein grundsätzlich anderes Gebilde. Sie tritt dann und nur[66]) dann ein, „wenn die Wirkung des zu fällenden Urteiles sich kraft der Beschaffenheit des streitigen Rechtsverhältnisses oder kraft gesetzlicher Vorschrift auf sämtliche Streitgenossen erstreckt" (§ 14 Z. P. O.); Beispiele solcher Fälle sind der Streit über die Gültigkeit einer Ehe, eines Testamentes, der Bestand einer Prädialservitut an einem im Miteigentume stehenden Immobile, der Streit offener Handelsgesellschaften, Prozesse nach Art. 194, 195, 226 H. G. B., § 242 K. O. u. s. f.,[67]) nicht auch Klagen gegen Streitgenossen nach § 15 Anf. Ges. Der Grundgedanke des Gesetzes für diese Fälle ist, daß in ihnen für alle Streitgenossen das gleiche[68]) Urteil ergehen müsse. Das Gesetz beabsichtigt damit nicht, die einzelnen Streitgenossen besser zu schützen, als sonst Parteien[69]) (wofür auch kein Grund abzusehen wäre); es will auch keine

---

[60]) A. M. Ullmann S. 81 für die Einwendung der Unzuständigkeit; Skedl I. S. 194 f. für die „Angriffs- und Verteidigungsmittel" und Anerkenntnis.

[61]) Auf einem anderen Standpunkte stand das frühere österreichische Recht; siehe v. Canstein, Lehrbuch I. S. 231; Ullmann, Lehrbuch S. 232.

[62]) Nimmt einer das ruhende Verfahren auf, so sind die anderen Streitgenossen darum nicht zu laden (arg. ex § 13 Z. P. O. und e contr. des § 15 Abs. 2 Z. P. O.); Wachtel S. 17; a. M. Skedl I. S. 192.

[63]) Ob die hiedurch entstehenden Mehrkosten vom Prozeßgegner zu vergüten sind, ist nach § 41 Z. P. O. quaestio facti; Ott S. 334 verneint die Frage allgemein wegen § 41 Abs. 3 Z. P. O.; Skedl I. S. 190 Anm. 7 bejaht sie allgemein.

[64]) A. M. Skedl I. S. 190 Anm. 8; Feßler a. a. O. S. 182 f.; wie Text Ullmann S. 81; Neumann, Komm. I. S. 157 Anm. 4; v. Fürstl I. S. 28; Wachtel S. 14.

[65]) Menestrina, l'accessione nell' esecuzione S. 200 ff. Aus der deutschen Literatur dieser sehr strittigen Institution Weismann, Hauptintervention S. 75 ff.; Wachenfeld, Die notwendige Streitgenossenschaft; Hachenburg, Die besondere Streitgenossenschaft; Amelunxen, Die sogenannte notwendige Streitgenossenschaft; Kisch, Begriff und Wirkungen der besonderen Streitgenossenschaft; R. Schmidt S. 866 ff. Doch ist bei ihrer Verwertung die sehr abweichende Textierung des § 62 dtsch. Z. P. O. zu beachten.

[66]) Z. E. Nr. 465: gemeinschaftliche Einwendungen der Streitgenossen machen die Streitgenossenschaft nicht zu einer einheitlichen.

[67]) Zum Teile fallen diese Fälle mit jenen der erweiterten Rechtskraft zusammen.

[68]) Über eine Ausnahme siehe unten.

[69]) Dieser Gedanke liegt den Darstellungen von Ullmann S. 81 f.; Demelius S. 179 f. (schwankend früher in Kritische Studien II. S. 70); v. Fürstl S. 31; Menestrina zugrunde.

präsumtive Vertretung des einen Streitgenossen durch den anderen,[70]) sondern es will nur ein gleiches Urteil um des Rechtsverhältnisses willen:[71]) nicht die Streitgenossen, sondern das Rechtsverhältnis bewirkt, wie § 14 Z. P. O. deutlich sagt, die Abscheidung der einheitlichen von der formellen Streitgenossenschaft. Diese Differenzierung aber ist eine weitgehende: bei der einheitlichen Genossenschaft kommt es prozessual nicht mehr darauf an, wie privatrechtlich die Streitgenossen zueinander stehen, ob etwa einer den anderen verpflichten dürfe (§ 14 Z. P. O.); ihr Prozeß nach § 14 Z. P. O. ist kein bloß formell, sondern er ist auch ein sachlich einheitlicher; die Streitgenossen bilden „eine einheitliche Streitpartei" (§ 14 Z. P. O.) und werden nur hinsichtlich der Kostenersatzpflicht wie formelle Streitgenossen behandelt (§ 46 Z. P. O.). Aus der (sonst) vom Gesetze strenge festgehaltenen Konstruktion ergeben sich schwerwiegende Konsequenzen sowohl für den Fall, daß alle Streitgenossen tätig, als auch für jenen, daß einzelne von ihnen säumig sind.

α) Sind alle tätig, so müssen sie, da sie eine „einheitliche Streitpartei" bilden, so beurteilt werden, als läge ein Prozeß vor und als wären die Streitgenossen eine Person.[72]) Infolgedessen darf jeder allein den Prozeß betreiben (§ 15 Z. P. O.); jeder Streitgenosse ist als Partei, nicht als Zeuge zu vernehmen; die Wissenserklärungen aller Streitgenossen sind nach § 272 Z. P. O. zu berücksichtigen,[73]) die Geständnisse davon jedoch nur dann, wenn sie nicht durch den sofortigen Widerruf eines anderen Streitgenossen entkräftet sind: es ist dann so, als ob dieselbe Person gleichzeitig zugestanden und widersprochen hätte. Willenserklärungen aber müssen einheitlich abgegeben werden. Da hiebei das Majoritätsprinzip nicht eingeführt ist und auch nicht aus dem Privatrechte übernommen werden darf, da auch jeder gesetzliche Anhaltspunkt für die mehrfach vertretene Meinung fehlt, es müsse die den Streitgenossen günstigste Willenserklärung gelten,[74]) so darf auch nicht einer der Streitgenossen gegen eine Willenserklärung aller anderen auftreten, soll diese beachtlich sein. Jeder Streitgenosse ist darum zwar für sich allein zur Abgabe von Willens-

---

[70]) So die herrschende Lehre; auch R. Pollak in G. Z. 1898 S. 355; a. M. Skedl I. S. 198; Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 254 ff.

[71]) Skedl a. a. O.

[72]) A. M. Feßler a. a. O.; Menestrina S. 202 ff. scheint für den Fall, daß sämtliche Streitgenossen handeln, nur bezüglich bestimmter Dispositionserklärungen eine Ausnahme von den sonstigen Regeln der Streitgenossenschaft anzunehmen, was sich aber mit dem ersten Satze des § 14 Z. P. O. nicht vereinigen läßt.

[73]) Nicht die den Streitgenossen günstigsten; a. M. Ullmann S. 81; Demelius S. 179 f.; Wachtel S. 15 will in diesem Falle die Regeln der formellen Streitgenossenschaft anwenden; kann man da noch von einheitlicher Streitgenossenschaft reden?

[74]) Gaupp-Stein I. S. 174 geben dem die Begründung bei: der Gegner müsse ja, um zu siegen, alle Streitgenossen überwinden; von dem Texte des § 14 Z. P. O. abgesehen (dem in der deutschen Z. P. O. ein vollständiges Pendant fehlt), übersieht diese Begründung, daß die Streitgenossen auch Angreifer, Kläger sein können. — Unrichtig ist die Ansicht Menestrinas S. 201, diese Willenserklärungen seien nach § 272 Z. P. O. zu würdigen.

erklärungen mit Wirkung für alle, jedoch nur insofern legitimiert, als keiner der anderen sofort widerspricht oder eine damit unvereinbare Willenserklärung abgibt (arg. § 14 Z. P. O.); unter dieser Voraussetzung darf sogar einer mit der Wirkung für Alle Vergleiche abschließen, Anerkenntnisse und Verzichte erklären.[75]) Allein sobald einander widersprechende Willenserklärungen vorliegen, gilt keine von ihnen;[76]) es muß eine neue, einheitliche Willenserklärung hervortreten, damit sie von Wirkung sei. Legt darum z. B. ein Streitgenosse ein Rechtsmittel ein, der andere aber leistet darauf Verzicht, so gilt weder das Rechtsmittel noch der Verzicht, und es muß abgewartet werden, ob die Streitgenossen sich zu einer einheitlichen Erklärung einigen; geschieht dies während der Rechtsmittelfrist nicht, so ist dieselbe versäumt.[77]) — Immerhin gibt es trotz dieser starren Einheitlichkeit Fälle, in welchen einander widersprechende Erklärungen beachtlich sind; dies dann, wenn es sich nicht um den einheitlich zu entscheidenden Gegenstand handelt. So darf z. B. der eine Streitgenosse die Einwendung der Unzuständigkeit erheben oder ein pactum de non petendo geltend machen, während die anderen entgegengesetzte Erklärungen abgeben; hier wird zwar verschieden, aber nicht über den für alle gleich zu entscheidenden Anspruch entschieden.

β) Sind einzelne Streitgenossen säumig, so werden sie entgegen den sonstigen Prozeßgrundsätzen (§ 396 Z. P. O., §§ 55 ff. E. O.) nicht von den normalen Versäumnisfolgen getroffen, wohl aber von der Folge, daß sich „die Wirkung der Prozeßhandlungen der tätigen Streitgenossen auch auf sie" erstreckt (§ 14 Z. P. O.); die säumigen tauschen also eine Art der Säumnisfolgen für die andere ein, und zwar in dem einen wie in dem anderen Falle ohne eine Bedachtnahme auf das Motiv ihres Ausbleibens.[78]) Lege non distiguente bezieht sich diese Säumnisfolge auf alle Prozeßhandlungen der Tätigen, also sowohl auf Wissens-[79]) als auch auf Willenserklärungen, und unter diesen auch auf Vergleiche, Verzichte und Anerkenntnisse[80]) (§ 14 Z. P. O.); nur wird man diese Wirkung solchen Willenserklärungen nicht beimessen dürfen, welche sich nicht auf den einheitlich zu entscheidenden Gegenstand beziehen[81]) (siehe oben).

---

[75]) Skedl I. S. 205: das Anerkenntnis habe keine Gültigkeit, der Handelnde scheide aber aus dem Prozesse aus; vergl. Petschek a. a. O. S. 257. In Deutschland ist der Punkt sehr bestritten.

[76]) A. M. Petschek a. a. O. S. 256, 267 (der auch hier den § 272 Z. P. O. anwenden will); Ullmann S. 81; Demelius S. 179 f.; Neumann, Komm. I. S. 149 (die günstigste Erklärung gilt); Wachtel S. 15 (es gilt jede Willenserklärung für den Erklärenden).

[77]) Die Meinungen gehen auch in diesem Punkte sehr auseinander; siehe Freymuth in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. O. XXVIII. S. 41 ff.

[78]) Darum darf jeder Säumige die Wiedereinsetzung verlangen, wenn die Voraussetzungen des § 142 Z. P. O. vorliegen; Skedl I. S. 202; a. M. früher R. Pollak, Wiedereinsetzung S. 19.

[79]) A. M. v. Fürstl I. S. 31 für die Geständnisse.

[80]) Ullmann S. 81; a. M. Skedl I. S. 200. Dieser Punkt ist im deutschen Rechte besonders bestritten.

[81]) Auch für Ordnungs- und Mut-

Ganz konsequent ist es, daß das Gesetz jedem Streitgenossen gestattet, seine contumacia zu purgieren, wenn nur ein anderer tätig war; zu diesem Zwecke ist jeder, auch der säumige Streitgenosse zu jeder Tagsatzung zu laden (§ 15 Z. P. O.).

γ) Die Streitgenossenschaft ist nur säumig, wenn es alle Streitgenossen sind; nur in diesem Falle darf ein Versäumnisurteil gefällt werden (§ 402 Z. P. O.).

§ 33. Die beitretenden Gläubiger.[1])

I. Das System der Spezialexekution, wie es die Exekutionsordnung hat, führt zwar nicht, wie jenes der Generalexekution, schon immer oder fast immer dann zu einer Gläubigerkonkurrenz, wenn zwei Gläubiger denselben Schuldner verfolgen; aber es schließt eine solche Konkurrenz auch nicht aus: immer können zwei oder mehrere Personen ihre Befriedigung, sei es durch dieselben, sei es durch differierende Exekutionsmittel, aus gerade denselben Vermögensstücken des Verpflichteten suchen. Hiedurch entsteht eine communio incidens der Gläubiger, welche um dieser wie um des Verpflichteten willen einer Regelung bedarf, die sich (nicht auf die Feststellung der Rangordnung der Gläubiger, sondern) auf ihre Befugnisse zur Beschlagnahme und Verwertung bezieht. Die Exekutionsordnung hat hiefür das System des Beitrittes, eines Analogon zu jenem der Streitgenossenschaft.

Sein Anwendungsgebiet ist folgendes: bei einer Reihe von Vollstreckungsansprüchen ist es ihrer Natur nach ausgeschlossen, daß mehrere Gläubiger auf dasselbe Exekutionsobjekt in gleicher Exekutionsart mit Erfolg greifen. Das gilt für die Ansprüche auf Willenserklärungen nach den §§ 350, 367 E. O., auf die Herausgabe oder Leistung bestimmter beweglicher, beim Verpflichteten vorfindlicher, auf die Überlassung und Räumung von unbeweglichen Sachen, Gegenständen des Bergwerkseigentums und Schiffen (§§ 346—349 E. O.), auf die Aufhebung einer Gemeinschaft und Grenzberichtigung (§ 351 E. O.), auf Herausgabe oder Leistung beweglicher Sachen bestimmter Art (§ 346 E. O.). In diesen Fällen ist eine erfolgreiche Gläubigerkonkurrenz im technischen Sinne, das heißt auf dieselben Objekte[2]) durch gleichartige Exekutionsmittel ausgeschlossen, eine Konkurrenz überhaupt nur ausnahmsweise möglich. Ihnen reihen sich die Vollstreckungsansprüche auf die Erwirkung anderer unvertretbarer als die in den §§ 350, 367 E. O. genannten Handlungen, auf Duldungen und Unterlassungen des Verpflichteten an (§§ 354—357 E. O.); die Zwangsmittel sind hier Geld-

willensstrafen sowie Entschädigungspflichten des Tätigen nach § 408 Z. P. O. haften die Untätigen aus demselben Grunde nicht.

[1]) Paupié, Die Lehre vom Beitritt (1901); Menestrina, l'accessione nell' esecuzione (1901); v. Czoernig, Beitritt und Ausscheiden (G. Z. 1899 Nr. 4); v. Gernerth in G. Z. 1899 Nr. 17; Neumann, E. O. S. 109 ff., 234 ff.

[2]) Paupié S. 93 ff.

und Arreststrafen in begrenzter Höhe. Es wäre freilich denkbar, daß ein Gesetz die Höchstgrenzen hier für alle gleichzeitig oder innerhalb eines gewissen Zeitraumes auftretenden betreibenden Gläubiger gemeinschaftlich festsetzte und hiedurch eine communio creditorum schüfe; allein die Exekutionsordnung hat dies, und zwar mit gutem Grunde nicht getan,[3]) weil diese Zwangsmittel den Willen des Verpflichteten bestimmen sollen und darum bei einer Häufung der Exekutionstitel nicht für das einzelne herabgemindert werden können. Ähnliche Gründe sprechen für die gleiche Regelung der Exekution zur Erwirkung vertretbarer Handlungen (§ 353 E. O.). In allen diesen Fällen gibt es darum keinen Beitritt.

Bei einer zweiten Gruppe von Vollstreckungsansprüchen ist dagegen eine Gläubigerkonkurrenz voraussichtlich. Das sind jene zur Hereinbringung von Geldforderungen und jene auf die Versteigerung einer gemeinschaftlichen Liegenschaft[4]) (§ 352 E. O.). Für die Durchführung dieser Gläubigerkonkurrenz stehen dem Gesetzgeber nun drei Wege zu Gebote: er kann die zwei ersten Stadien des Exekutionsverfahrens, die Beschlagnahme und die Verwertung für jeden Gläubiger abgesondert lassen und ihre Mehrheit erst im Verteilungsverfahren vereinigen (früheres österreichisches Recht), oder er kann ausschließend dem erstbetreibenden Gläubiger die Exekutionsdurchführung gestatten und die anderen auf die Kontrolle desselben verweisen[5]) (französisch-italienisches Recht), oder er kann nach dem Vorbilde des deutschen Rechtes jedem Gläubiger die Rechte eines betreibenden lassen, aber die Verfahren doch mehr oder minder verbinden, vereinheitlichen (deutsches Recht). Die Exekutionsordnung hat mit gutem Grunde das deutsche System gewählt; denn das frühere österreichische war als durch seine Kostspieligkeit und Kompliziertheit schlecht erprobt, und auch das französisch-italienische ist reich an Durchführungsschwierigkeiten.

Die — rein prozessuale — communio incidens der Gläubigerkonkurrenz führt demnach zu dem Beitritte der späteren zu den früheren betreibenden Gläubigern, das heißt zu folgender Gestaltung: es findet für die mehreren Gläubiger, auch wenn sie die Exekution auf dieselben Objekte zwar gleichartig, aber nicht gleichzeitig beginnen oder fortsetzen, doch nur ein Exekutionsverfahren statt, in dem es keinen führenden Gläubiger gibt,[6]) sondern in welchem jeder betreibende Gläubiger die gleichen Betreibungsrechte hat, so daß dann auch das Exekutionsverfahren solange im Gange bleibt, als auch nur einer der Gläubiger es will (§§ 103, 139, 206 E. O.). Dieses Beitrittsverfahren ist auf die im vorigen Absatze genannte zweite Gruppe von Vollstreckungsansprüchen beschränkt.

Aber auch innerhalb dieser Gruppe hat es noch Grenzen.

Die Vollstreckungshandlungen gehen nämlich entweder auf die Befriedigung oder auf ihr minus, die Sicherung; die Distinktion fällt nicht mit jener der Exekution zur Befriedigung und jener zur Sicherstellung

[3]) Neumann, E. O. S. 388.

[4]) Diesen Fall scheidet Menestrina S. 55 aus.

[5]) Menestrina S. 34 ff.

[6]) Menestrina S. 129 ff.; a. M. Neumann, E. O. S. 292; v. Czoernig S. 114.

(§ 370 E. O.) zusammen, sondern der Sicherungszweck umfaßt von den Mitteln der Exekution zur Befriedigung noch das richterliche Pfandrecht (pignus ex causa iudicati). Der Verkehr hatte sich nämlich daran gewöhnt, dieses richterliche Pfandrecht anstatt des namentlich bei Mobilien schwerfälligen Konventionalpfandrechtes zur Sicherung seiner Rechtsgeschäfte zu verwenden. So sehr die Exekutionsordnung nun mit Grund bestrebt ist, die Exekution zur Befriedigung dieser Sicherungstendenz zu entkleiden und sie ebenso wie das Erkenntnisverfahren zu einem ununterbrochenen Verfahren zu machen, so konnte sie mit dieser Tendenz nicht völlig durchdringen: das richterliche Pfandrecht an Immobilien hat offiziell (§ 208 E. O.) seinen Sicherungswert behalten, und auch jenem an körperlichen beweglichen Sachen ist er nur, und zwar auf ein Jahr, beschränkt worden (§ 256 E. O.). Insoweit nun diese Sicherungstendenz vorwaltet, also bei der Erwerbung des richterlichen Pfandrechtes, gibt es kein Beitrittsverfahren; es wäre zwecklos, da und insolange die Exekution hier stehen bleibt. Dieses Beitrittsverfahren hat demnach nur statt, wenn auf Grund des erworbenen richterlichen Pfandrechtes die Exekution fortgesetzt wird, oder wenn sie gleich mit der Zwangsverwaltung von Immobilien oder wirtschaftlichen Unternehmungen[7]) oder der Zwangsversteigerung von Immobilien beginnt; aus Zweckmäßigkeitsgründen sind diesen Fällen gleichgestellt jene der Exekution zur Sicherstellung durch die Zwangsverwaltung (§§ 374, 402 E. O.), während sonst bei der Exekution zur Sicherstellung kein Beitrittsverfahren besteht.[8])

Innerhalb dieser Gruppe macht das Gesetz aber noch einen Unterschied. Es scheidet nämlich die Exekution für Geldforderungen auf Geldforderungen[9]) und auf Ansprüche zur Herausgabe oder Leistung von körperlichen Sachen (§§ 308 ff., 325 E. O.) von den anderen Fällen ab:[10]) bei der Forderungsüberweisung an Zahlungsstatt gibt es da kein Beitrittsverfahren (§ 316 E. O.), bei jener zur Einziehung (§§ 308 ff. E. O.) ist es verschieden vom sonstigen Beitrittsverfahren geregelt, und nur bei der (ausnahmsweisen) Verwertung einer Geldforderung durch ihren Verkauf (§ 319 E. O.) tritt das normale Beitrittsverfahren ein; bei den genannten Ansprüchen auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen, zur Hereinbringung von Geldforderungen sind dieselben Grundsätze anzuwenden (§ 325 Abs. 2 E. O.), und erst, wenn dann diese körperlichen Sachen selbst zur Verwertung gelangen, tritt das normale Beitrittsverfahren ein.

II. Der Fall des Beitrittes liegt nur vor, wenn für einen der sub I genannten Vollstreckungsansprüche mit den gleichen Exekutionsmitteln auf dieselben Exekutionsobjekte[11]) gegriffen wird, wie sie in einem an-

---

[7]) Dieser Fall fehlt in der Tabelle Menestrinas S. 55.

[8]) Neumann, E. O. S. 456; Menestrina S. 62; a. M. v. Fürstl II. S. 726.

[9]) Ausnahme: § 296 E. O.

[10]) Menestrina S. 56 ff.

[11]) Über den teilweisen Beitritt Paupié S. 113 ff.; v. Fürstl II. S. 245; Menestrina S. 139 ff.; O. G. H. vom 8. Juni 1900, Z. 8069, Fellner-Ohmeyer Nr. 343.

hängigen Exekutionsverfahren verfangen sind. Ein gleichartiges Exekutionsverfahren muß demnach schon und noch im Gange sein, damit ein Beitritt erfolge.

Für das Beitrittsverfahren ist der Regel nach eine Exekution erst im Gange, wenn ein Antrag auf die Zwangsversteigerung (den Verkauf) oder die Zwangsverwaltung bewilligt ist (§§ 267, 341 E. O.); bei verbücherten Objekten schon und erst dann, wenn die Anmerkung der Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung grundbücherlich erfolgt ist (§§ 103, 139 E. O.). Der Endpunkt für den Beitritt[12]) ist bei beweglichen körperlichen Sachen der Abschluß des Verkaufsverfahrens (§ 267 E. O.); bei Zwangsverwaltungen unbeweglicher Güter endet die Zulässigkeit des Beitrittes mit der rechtskräftigen Einstellung derselben (§ 103 E. O.), nicht erst mit der — übrigens von Amts wegen vorzunehmenden — bücherlichen Löschung der Anmerkung der Zwangsverwaltung; bei der Zwangsversteigerung verbücherter Immobilien ist der Beitritt zulässig und vorgeschrieben, solange das Versteigerungsverfahren „im Gange ist" (§ 39 E. O.). Die Bedeutung dieser Worte ist streitig.[13]) Erwägt man, daß nach den §§ 156, 183, 237 E. O. der Zuschlag dem Ersteher das Eigentumsrecht verschafft, so daß damit das Objekt einer Exekution wider seinen früheren Eigentümer entzogen ist, so kann man nicht bis zur Löschung der Anmerkung der Versteigerung (§ 237 E. O.), auch nicht mehr während des Verteilungsverfahrens den Beitritt gestatten, sondern nur bis zur Zuschlagserteilung.[14])

Von dem hier dargestellten dies a quo an bis zum bezeichneten dies ad quem tritt nun der zweite, dritte, vierte betreibende Gläubiger dem anhängigen Exekutionsverfahren bei, nimmt es in der Lage an, in der es sich befindet (§§ 139, 267 E. O.), aber mit der Wirkung, als ob es auf seinen Antrag eingeleitet worden wäre;[15]) auch behält er dieselben Rechte und Pflichten hinsichtlich des Ganges der Exekution, als ob er der erste Antragsteller gewesen wäre (siehe auch § 90 VI). Es gibt also nicht, wie im französisch-italienischen Rechte, einen „führenden", sondern nur gleichgestellte betreibende Gläubiger.

---

[12]) Der Antrag auf die Versteigerung ꝛc. muß vorliegen, nicht auch seine Bewilligung; Fellner-Ohmeyer Nr. 535.

[13]) v. Czoernig in G. Z. 1899 Nr. 4 (Anschlag des Ediktes ist der späteste Zeitpunkt zum Beitritt); Kerner in Jur. Bl. 1898 Nr. 21 (die Aufforderung zum Bieten); Karnert in G. Z. 1900 Nr. 43 (die Rechtskraft des Zuschlages); Paupié (S. 98, die Löschung der Anmerkung der Versteigerung).

[14]) Menestrina S. 194 ff. — Bis zur Rechtskraft dieses Zuschlages entsteht dann für spätere Exekutionsanträge ein Schwebezustand.

[15]) Über Schwierigkeiten im einzelnen Judik. Buch Nr. 152; Z. E. Nr. 179; Paupié S. 115; Neumann, E. O. S. 235 ff. Über die Lastenstandsfeststellung Paupié S. 126 ff.; Neumann, E. O. S. 255. Über das Verhältnis des § 150 E. O. zur im Text akzeptierten Regel des § 139 E. O. Menestrina S. 170 ff.

Die Institution sieht der Streitgenossenschaft ähnlich,[16]) unterscheidet sich aber von ihr[17]) durch den Zwangscharakter — der Beitritt erfolgt nicht ipso iure, aber von Amtswegen — den Zeitpunkt des Beitrittes der betreibenden Gläubiger, eine größere Unabhängigkeit derselben voneinander und das Recht eines jeden beitretenden Gläubigers, sich beliebig zurückzuziehen, endlich aber auch durch die verschiedene Zweckbestimmung und den vorzeitigen Schluß des Beitrittsverfahrens vor dem Ende des Exekutionsverfahrens.

---

[16]) Paupié S. 112 nennt sie eine Quasi-Streitgenossenschaft. Gute Gründe (neben minder guten) gegen die Zusammenfassung beider Institute bringt Menestrina S. 201 ff.

[17]) Menestrina S. 225 ff.

Vierter Abschnitt.

Das Gericht.

I. Teil: Die Gerichtsorganisation.*)

§ 34. Die Zivilgerichtsbarkeit.[1])

I. Jener Teil der Staatsgewalt, welcher vor allem die Erhaltung der Privatrechtsordnung bezweckt, heißt die Zivilgerichtsbarkeit. Sie zerfällt in die Justizverwaltung (Gerichtsherrlichkeit) und in die Gerichtsbarkeit im engeren Sinne; beide sind heute ausschließlich staatlich, da die private Zivilgerichtsbarkeit (namentlich in Form der Patrimonialgerichtsbarkeit) nicht mehr existiert[2]) (Art. I des Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 Nr. 144; siehe § 14).

II. Die Justizverwaltung hat die Ermöglichung und Sicherung der Rechtspflege zum Zwecke, dagegen nicht ihre Ausübung. Eine Ausübung der Rechtspflege durch die Justizverwaltung (Kabinetsjustiz) oder Eingriffe derselben in die Rechtspflege sind verboten, auch in Form der „Weisungen" über die Besorgung einzelner Geschäfte[3]) (Art. VI des Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 Nr. 144) an Gerichte.[4])

Die Justizverwaltung hat so zahlreiche Funktionen, daß sie nicht aufgezählt werden können;[5]) als besonders wichtig werden folgende genannt: die Errichtung neuer Gerichte und die Veränderung des Sprengels bestehender; die Besetzung der Richterstellen, insoweit sie durch eine Ernennung erfolgt (§§ 16, 18 G. O. G.); die Ausübung des Aufsichtsrechtes über die Gerichte hinsichtlich deren Geschäftsführung sowie die

*) Dieselbe kommt hier nur insoweit zur Darstellung, als sie die Zivilgerichtsbarkeit berührt.

[1]) Meuger, System S. 12 ff.; v. Canstein S. 29 ff.; Horten, J. N. S. 71 ff.; aus der deutschen Literatur: Wach, Handbuch I. S. 309 ff.; R. Schmidt, Lehrbuch S. 153 ff.; Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes I. S. 37, 91 ff. (während des Druckes erschienen).

[2]) Börsenschiedsgerichte sind staatliche Gerichte; ein schiedsrichterliches Verfahren ist keine Ausübung der Gerichtsbarkeit; siehe S. 99 ff.

[3]) § 76 G. O. G., der fast wörtlich dem § 90 des kais. Pat. vom 3. Mai 1853 Nr. 81 entnommen ist, erscheint dem Staatsgrundgesetze gegenüber zu weit gefaßt.

[4]) Über Ausnahmen siehe den folgenden Text.

[5]) Siehe Pfaff-Schey Nr. 132, 1137, 1143.

Erteilung nicht bindender Rechtsbelehrungen[6]) an Gerichte (§ 271 Z. P. O.; §§ 76 ff. G. O. G.). In den gesetzlich festgelegten Fällen der §§ 38, 48 J. N., §§ 57, 63 Z. P. O. steht der Justizverwaltung sogar das Recht der für den einzelnen Fall, in jenen der §§ 79, 84 E. O. der allgemein bindenden Rechtsbelehrung[7]) zu. Weitere Funktionen der Justizverwaltung bilden die Geschäftsverteilung, das Formular- und das Registerwesen und die Disziplinarbehandlung der nicht richterlichen, bei Gericht angestellten Personen (§§ 63 ff. G. O. G.), nicht auch jene der Richter (Gesetz vom 21. Mai 1868 Nr. 46).

Als Organe der Justizverwaltung fungieren ausschließlich Reichsorgane (arg. § 11 lit. k, m des Staatsgrundges. vom 21. Dezember 1867 Nr. 141); den Landtagen kommt eine lediglich begutachtende Tätigkeit bei der Errichtung neuer Gerichte oder der Veränderung ihres Sprengels, den Landes- und Gemeindebehörden gar kein Einfluß zu (§ 2 des Ges. vom 11. Juni 1868 Nr. 59; § 1 des Ges. vom 26. April 1873 Nr. 62). Unter den Reichsorganen steht der weitaus größte Teil der Justizverwaltung nicht der Gesetzgebung, sondern den Verwaltungsorganen zu; ist doch selbst der Sitz aller Gerichte mit Ausnahme des obersten Gerichtshofes (Art. XII des Staatsgrundges. vom 21. Dezember 1867 Nr. 144), einer Anzahl von Bezirksgerichten (§ 1 des Ges. vom 11. Juni 1868 Nr. 59) und der Bezirksgerichte für Handelssachen in Wien, Prag und Triest (§ 2 J. N.) nicht gesetzlich festgestellt. Als Verwaltungsorgane schreiten ein: das Justizministerium (§ 73 G. O. G.), dessen Wirkungskreis im wesentlichen mit der a. h. Entschließung vom 12. April 1852 festgestellt ist, die Präsidenten der Gerichtshöfe zweiter und erster Instanz und diese „Gerichtshöfe" selbst (§§ 74—76 G. O. G.; § 1 G. O.), endlich „anläßlich der Ausübung seines richterlichen Amtes" der oberste Gerichtshof (§ 77 G. O. G.); alle diese Organe sind auch verpflichtet, Aufsichtsbeschwerden wegen einer Verweigerung oder Verzögerung der Rechtshilfe entgegenzunehmen[8]) (§ 78 G. O. G.). Die Haupttätigkeit der Justizverwaltung fällt natürlicherweise dem Justizministerium zu, welchem insbesondere die Errichtung der Gerichte, die Veränderung ihrer Sprengel und, insoweit der Kaiser sie nicht sich selbst vorbehalten hat, die Ernennung der Richter obliegt; nur die Aufnahme in den richterlichen Vorbereitungsdienst ist den Präsidenten der Oberlandesgerichte (§ 16 G. O. G.), die Ernennung zum Auskultanten den Oberlandesgerichten übertragen (§ 18 G. O. G.; J. M. Erl. vom 10. Mai 1866 Z. 1376 und vom 7. Juni 1866 Z. 6261).[9])

III. Die Zivilgerichtsbarkeit im engeren Sinne ist die Rechtspflege-

---

[6]) v. Schrutka, Über die Stellung des Richters nach heutigem österreichischen Rechte (1900) S. 61 ff.

[7]) In diesen Ausnahmsfällen handelt es sich durchgängig um Beziehungen zum Auslande.

[8]) Über den Instanzenzug in solchen Fällen siehe § 78 G. O. G.

[9]) Die Details siehe bei Schauer-Hoedl, G. O. G. ad § 18.

funktion in Zivilprozeßsachen; sie zerfällt in die Entscheidungs-, Befehls- und Urkundsgewalt.[10])

a) Die Entscheidungsgewalt ist die Befugnis zur Anspruchs- (ungenau: Prozeß-) Entscheidung. Sie ist lediglich die Befugnis zur Anwendung des geltenden Rechtes auf den konkreten Fall, ein Satz derart selbstverständlicher Natur, daß ihn zwar § 12 a. b. G. B., nicht aber das Staatsgrundgesetz (siehe Art. VII des Ges. vom 21. Dezember 1867 Nr. 144) ausspricht. Dennoch spricht eine abweichende Lehre[11]) den Gerichten eine nicht bloß die Normen anwendende, sondern Normen schaffende Tätigkeit zu; sie konstruiert ein Gerichtsrecht, eine besondere Art des Juristenrechtes. In Österreich steht ihr § 12 a. b. G. B. entgegen; allein sie ist auch ohne Rücksicht auf ihn nicht haltbar. Denn sie lehrt nicht weniger, als daß ein Gericht berechtigt sei, ein Gesetz anders auszulegen und anzuwenden, als es dasselbe versteht. Nun ist es zwar eine bekannte Erscheinung, daß die Gesetze verschiedenartige Interpretationen erleiden, und daß sie namentlich in verschiedenen Zeitläufen verschiedene Auslegungen erfahren; in der Tat kann hiedurch ein Gesetz im Laufe der Zeit einen anderen Inhalt erhalten, als man ursprünglich darin fand. Aber es heißt, die mühsam abgesteckten Grenzen der Gesetzgebung und Rechtsprechung verwischen, wenn man aus dieser unbeabsichtigten Folge der Gerichtstätigkeit ein Recht und eine Pflicht der Gerichte zur Rechtsänderung und Rechtsentwicklung ableitet; diese Gerichtstätigkeit ist vielmehr stets nur eine Gesetzesanwendung und -Auslegung. Niemals darf darum ein Gericht bei einer Auslegung beharren, die es als gesetzwidrig erkennt, mag ihm die richtige Gesetzesauslegung noch so unbillig, seinem Rechtsgefühle widerstreitend erscheinen; niemals darf ein Gericht ein Gesetz anders auslegen, als es dasselbe versteht; niemals darf es unter dem Scheine der Auslegung versuchen, seiner von jener des Gesetzes abweichenden ethischen, sozialen, wirtschaftlichen Auffassung Raum zu schaffen. Das Recht und also insbesondere das Gesetz binden alle, vor allen das Gericht, und für dieses gibt es nicht einmal, wie für die Privaten, ein zwingendes und ein nicht zwingendes Recht (siehe auch S. 115 ff.).

Ganz unabhängig von der bisher erörterten Frage nach der Gerichtsbefugnis zur Normsetzung ist jene darnach, ob die Entscheidungsgewalt lediglich eine deklarative, oder ob sie auch eine konstitutive sei,[12]) das heißt ob das Gericht lediglich feststellen dürfe, ein konkreter Rechtsschutzanspruch bestehe, oder ob es auch einen konkreten Anspruch schaffen dürfe.

---

[10]) Anders Wach I. S. 313: Dekretur, Exekution, Disziplinargewalt, Urkundsbefugnis; Horten S. 72: Gerichtsbeschluß, Zwangsvollzug.

[11]) Bülow, Gesetz und Richteramt (1885; siehe aber desselben Geständnisrecht S. 88 f., wo er implicite seine Ansicht zurückgenommen hat); Pfersche, Das Problem des Gewohnheitsrechtes (Jur. Vrtjschr. XXVII. S. 1 ff., insbesondere S. 24); K. Grünberg, Der sozialpolitische Gehalt der österreichischen Zivilprozeßgesetzgebung (1900). Vorsichtig formuliert R. Schmidt S. 14; im Ergebnis stimmen mit dem Texte überein Wach I. S. 6 ff.; Hellwig, Lehrbuch I. S. 38.

[12]) Sie unterscheidet sich von der erstcrörterten Frage durch ihre Beschränkung auf den einzelnen Fall.

Das erstere ist die Regel,[13]) das letztere die Ausnahme; diese liegt entweder vor, wo sie das Gesetz zuläßt (siehe S. 7 ff.), oder wo das Gericht infolge seines Irrtums oder einer Pflichtverletzung einen Rechtsschutzanspruch als bestehend deklariert, der es nicht ist.

Als Teil der Entscheidungsgewalt erscheint die Gewalt zur Prozeßleitung, als der die Entscheidung vorbereitenden und ermöglichenden Tätigkeit.

b) Die Befehlsgewalt zerfällt in die Befehlsgewalt im engeren Sinne, in die Exekutions- und in die Disziplinargewalt.

Die Befehlsgewalt im engeren Sinne ist das Recht, als Beobachtung der gefällten Entscheidung Leistungen anzubefehlen; von der Befehlsgewalt der gesetzgebenden Gewalt unterscheidet sie nicht bloß die Beschränkung auf den konkreten Fall, sondern auch jene auf bestimmte einzelne Personen. Mit der Entscheidungsgewalt fällt sie nicht zusammen, wie bei der Betrachtung der Leistungsurteile einerseits („du bist schuldig und sollst zahlen") und der Feststellungsurteile und Einstellungsbeschlüsse andererseits sich zeigt; auch kommt die Entscheidung ohne Befehl (z. B. bei Feststellungsurteilen) und der Befehl ohne eine Entscheidung (z. B. bei Ladungen) vor. Ja, die jetzt allerdings regelmäßige Vereinigung von Entscheidung und Befehl in einer Gerichtserklärung ist dem gemeinen Rechte noch ganz fremd.[14])

Die Exekutionsgewalt,[15]) Gewalt zur Zwangsvollstreckung dient der Verwirklichung der exekutionsreifen Rechtsschutzansprüche. Nicht immer (§ 1 Z. 7, 15, 16, 17 E. O.) sind es gerichtliche, ja nicht einmal immer behördliche Befehle (z. B. § 1 Z. 7, 17 E. O.), welche diese Exekutionsgewalt vollstreckt, aber der Regel nach sind es solche (siehe § 5). Die Exekutionsgewalt äußert sich dadurch, daß sie durch zustandsändernde Eingriffe in die Außenwelt (sei es wie regelmäßig durch eine Einwirkung auf das Vermögen, sei es wie ausnahmsweise durch die Einwirkung auf den Willen des Verpflichteten)[16]) den Verurteilten zur Erfüllung der richterlichen Befehle zwingt.[17])

Die Disziplinargewalt ist das Recht zur Ausübung der Prozeß-, insbesondere der Sitzungspolizei (§§ 86, 197—203 Z. P. O.; § 32 E. O.). Sie dient dem geordneten Gebrauche der Befehls- und Exekutionsgewalt und steht also zu diesen in einem ähnlichen Verhältnisse wie die Prozeßleitungs- zur Entscheidungsgewalt; einen selbständigen

---

[13]) Mit Unrecht als die ausnahmslose Regel bezeichnet von Savigny, System VI. S. 261; Unger II. S. 619; Krainz I. S. 543, der sich mit Fiktionen hilft; Wach I. S. 8 f.; vermittelnd Regelsberger, Pandekten I. S. 699; dem Texte stehen näher v. Schrutka in Grünhuts Zeitschr. XVI. S. 616; Stein, Bindende Kraft S. 11 ff.

[14]) R. Pollak in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XIX. S. 126 ff.

[15]) Menger, Beiträge zur Lehre von der Exekution (im Arch. f. zivil. Praxis LV.); Ullmann, Das (frühere) österreichische Zivilprozeßrecht S. 496; Tezner, Handbuch des Administrativverfahrens S. 453 ff.

[16]) Über die Terminologie: direkte und indirekte Exekution siehe S. 34.

[17]) Die Sicherungsgewalt bildet einen Teil der Exekutionsgewalt.

Rechtspflegezweck wie die Strafgewalt der Strafgerichte verfolgt sie nicht. Ihr unterworfen sind alle Zuhörer und am Prozesse beteiligten Personen mit Ausnahme der Mitglieder des Gerichtes in Funktion (arg. e contr. ex § 198 Abs. 4 Z. P. O.).

c) Die Urkundsgewalt[18]) ist die Fähigkeit des Gerichtes, Tatsachen mit publica fides zu beurkunden; Protokolle, Entscheidungen (namentlich deren Tatbestände) und Amtsvermerke sind die Mittel zu ihrer Ausübung. Sie ist zur Ausübung der Zivilgerichtsbarkeit unentbehrlich, weil nur ihre Übung die Resultate dieser Tätigkeit der Vergessenheit entziehen kann (scripta manent); daß die gerichtliche Beurkundung sich der publica fides erfreue,[19]) ist ein Postulat der Rechtssicherheit. Das Maß, in welchem die Zivilgerichtsbarkeit der Urkundsgewalt bedarf, wechselt je nach der Prozeßordnung; vom (angeblich) rein mündlichen bis zum (angeblich) rein schriftlichen Prozesse sind da alle Übergänge möglich.

IV. Die Zivilgerichtsbarkeit im engeren Sinne wird durch die Gerichte ausgeübt, insoweit nicht bestimmte Typen von Privatrechtsansprüchen ausdrücklich vor andere Behörden verwiesen sind (Art. XV des Staatsgrundges. vom 21. Dezember 1867 Nr. 144; siehe §§ 3, 5). Alle Gerichte haben die Entscheidungs-, Urkunds- und die Befehlsgewalt für das ganze Gebiet des Reiches;[20]) die Exekutionsgewalt dagegen steht nicht allen Gerichten und den damit versehenen nicht in toto für das ganze Reich zu; die Disziplinargewalt hat jedes Gericht nur für die Gerichtsstelle.

§ 35. Die Zivilgerichte.

I. Gerichte[1]) sind zur Ausübung der Rechtspflegefunktion berufene Organe. Zivilgerichte sind die zur Ausübung der Zivilgerichtsbarkeit berufenen Gerichte; damit ist nicht abgelehnt, daß ihnen auch andere Rechtspflegefunktionen (z. B. in Vormundschaftssachen) und daß ihnen auch Verwaltungsfunktionen (z. B. Gebührenbemessungen) übertragen sein können. Alle Zivilgerichte sind staatliche Gerichte. Denn für alle Privatrechtsansprüche verbietet der Staat die Selbsthilfe und stellt die Anrufung einer Behörde frei (§ 19 a. b. G. B.), und alle Gerichtsbarkeit im Staate wird im Namen des Kaisers ausgeübt (Art. I des Staatsgrundges. vom 12. Dezember 1867 Nr. 144); infolgedessen muß jedes Organ, welches von Staats wegen solche Anrufungen anzunehmen bestimmt ist, eine staatliche

[18]) A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß S. 11, 270 ff.; Menger, Zulässigkeit neuen tatsächlichen Vorbringens S. 80; Wach, Vorträge (2. Aufl.) S. 1 ff.; R. Schmidt, Lehrbuch S. 359 ff.; R. Pollak, Form und Rechtskraft des Zivilurteiles (in Grünhuts Zeitschr. XXII. S. 490). Siehe § 85 VI.

[19]) Nur wenn die Urkunden unterschrieben sind (§§ 212, 418, 429 Z. P. O., § 55 E. O.).

[20]) Ob auch für das Ausland, darüber siehe § 43.

[1]) Das Wort bezeichnet bald die Gerichtsanstalt (so regelmäßig in der Jurisdiktionsnorm), bald das Gericht als Rechtspflegeorgan, die Gerichtsabteilung (so regelmäßig in der Zivilprozeßordnung); der doppelte Sprachgebrauch ist unbedenklich.

Behörde, jedes hiezu bestimmte, von der Verwaltungsbehörde verschiedene (derzeit immer Gericht genannte) Organ ein staatliches Gericht sein. Anderenfalls käme man zu dem Schlusse, daß der Staat zuwider den zitierten Gesetzen für bestimmte Rechtssachen keine Behörde aufstellte, die Selbsthilfe verbiete und die staatliche Rechtshilfe versagte.

Jedes Organ, welches kraft Rechtssatzes Rechtsschutzfunktionen ausübt, ist demnach eine staatliche Behörde, und zwar ein staatliches Gericht;[2]) ein Organ wird also zum staatlichen Gerichte dadurch, daß es eine auf Rechtssatz beruhende (Zwangs-), also nicht lediglich vom Parteiwillen abgeleitete Zuständigkeit für bestimmte Rechtspflegefunktionen hat.[3]) Irrelevant ist demnach, welche der Gerichtsgewalten dieses Organ hat,[4]) ob es ständig fungiert, wie es besetzt ist, ob es der Staat besetzt und ob der Staat sein Verfahren regelt.[5]) Darnach sind nicht bloß die im § 1 J. N. aufgezählten Behörden, sondern z. B. auch das Reichsgericht,[6]) das Obersthofmarschallamt, die Gewerbegerichte, die Börsenschiedsgerichte,[7]) die Arbeiterversicherungsschiedsgerichte,[8]) das Patent-, das Prisengericht und die Elbezollgerichte staatliche Gerichte; dagegen sind das nicht die anderen Schiedsgerichte in Zivilprozeßsachen, ob sie nun ständig fungieren oder nicht.[9])

Nicht für alle darnach als staatliche Gerichte erscheinenden Organe gelten gleiche Besetzungs-, Verfahrens- und Haftungsgrundsätze; die Differenzen beruhen zum Teile auf sachlichen, zum Teile auf historischen Gründen.

II. Die staatlichen Zivilgerichte zerfallen in ordentliche und Sondergerichte.[10]) Die ordentlichen Gerichte sind im § 1 J. N. taxativ aufgezählt;[11]) es sind die folgenden: Bezirksgerichte, Bezirksgerichte für Handelssachen und solche für Handels- und Seesachen,[12]) Kreis- und Landesgerichte,[13])

[2]) Insofern nicht ausnahmsweise Verwaltungsbehörden mit Rechtspflegefunktionen betraut sind; siehe S. 11 f.

[3]) Anders v. Canstein S. 29: Gerichte seien diejenigen Staatsbehörden, welche zur Ausübung der Rechtspflege kraft Gesetzes berufen sind; Hellwig, Lehrbuch I. S. 37: das Charakteristische der Gerichte sei, daß sie „unabhängig und nur den Gesetzen unterworfen sind".

[4]) Derzeit haben alle in Österreich die Entscheidungs- und die Befehlsgewalt im engeren Sinne; a. M. Horten S. 75.

[5]) A. M. Menzel, Arbeiterversicherung S. 160 f.

[6]) Jellinek, Staatsrechtliche Erörterungen über die Entschädigung unschuldig Verurteilter (Grünhuts Zeitschr. XX. S. 455 ff.).

[7]) A. M. Ullmann S. 5; v. Canstein S. 352 Anm. 1. Freilich kann es nach Art. XIII Einf. Ges. zur Z. P. O. auch Börsenschiedsgerichte ohne eine Zwangskompetenz geben, die dann keine staatlichen Gerichte wären; aber derzeit gibt es keine.

[8]) Wurzel, Die schiedsgerichtliche Rechtspflege in der Arbeiterversicherung und ihre Reform (Jur. Bl. 1902 Nr. 144 ff.); Menzel a. a. O.

[9]) A. M. Horten S. 75 f.

[10]) Schmidt S. 154; Hellwig, Lehrbuch I. S. 68 ff.; anders teilt Horten S. 73 ff.; v. Canstein S. 37 ff.

[11]) Neumann, Komm. I. S. 1105; Pfaff-Schey Nr. 241; a. M. Horten S. 73 (der auch die staatlichen Schiedsgerichte hieher zählt); Fraus in G. Z. 1901 S. 109 (der für die Ehegerichtsbarkeit die Konsulargerichte hieher rechnet).

[12]) Im folgenden zusammen Bezirksgerichte für Handelssachen genannt.

[13]) Der Unterschied ist historisch begründet, hat aber jetzt nur mehr eine administrative Bedeutung; beide Typen

Handelsgerichte und Handels- und Seegerichte,[14]) Oberlandesgerichte und der oberste Gerichtshof. Die Aufzählung bezieht sich auf die Gerichte als Gerichtsanstalten; an ordentlichen Gerichten als Rechtspflegeorganen gibt es noch bei Kreis- und Landesgerichten Senate, die mit der Ausübung der Handels-, und solche, die mit der Ausübung der Berggerichtsbarkeit betraut sind (§§ 51, 53 J. N.), so daß die ganze Organisation ziemlich kompliziert erscheint. Von diesen ordentlichen staatlichen Gerichten sind die Bezirksgerichte und Bezirksgerichte für Handelssachen Einzelgerichte, die anderen Kollegialgerichte, bei denen jedoch in einzelnen bestimmten Fällen auch Einzelrichter fungieren (§ 26 G. O. G.; § 7 J. N.; siehe darüber § 34). Die Bezirksgerichte und Bezirksgerichte für Handelssachen fungieren ausschließlich als erste, der oberste Gerichtshof fungiert als dritte,[15]) die anderen Gerichte als erste und zweite Instanz.

Alle anderen staatlichen Zivilgerichte sind Sondergerichte. Als solche erscheinen das Reichsgericht, die Patentgerichte, das Obersthofmarschallamt, die Elbezollgerichte, Gewerbegerichte, Börsenschiedsgerichte, Arbeiterversicherungsschiedsgerichte, Prisengerichte.

§ 36. Die ordentlichen Zivilgerichte.[1])

I. Ihre Organisation ist nicht nur eine Frage der geschickten Geschäftsverteilung, der gehörigen Ausnutzung der richterlichen Arbeitskraft, sondern sie bildet ein Problem von erheblicher politischer und sozialpolitischer Bedeutung, dessen gute Lösung geeignet ist, die Güte der Rechtsprechung, ihre Unabhängigkeit und das Vertrauen des rechtsuchenden Publikums herbeizuführen. Das Gesetz hat die Bedeutung des Problems erfaßt, hat dasselbe darum der Verwaltung entzogen und zur Gesetzgebungssache gemacht (Art. II des Staatsgrundges. vom 21. Dezember 1867 Nr. 144) und in den Ausführungsgesetzen (Jurisdiktionsnorm und Gerichtsorganisationsgesetz) folgende, in allen Hauptpunkten richtige Grundsätze aufgestellt und durchgeführt:

a) Das System der Ernennung der Richter durch den Staat; siehe darüber § 39.

b) Den Grundsatz, daß nur Richter höheren Ranges selbständig das Richteramt ausüben dürfen; bei Kollegialgerichten und bei Bezirksgerichten am Sitze eines solchen müssen die Richter (in Zivilsachen) wenigstens Gerichtssekretäre, bei den anderen Bezirksgerichten wenigstens Gerichtsadjunkten sein (§§ 3, 25, 30, 32 G. O. G.), und die Gerichtssekretäre und Gerichtsadjunkten sind überdies nicht, wie die höheren Richter, ex lege,

---

von Gerichtshöfen werden im folgenden Landesgerichte genannt.

[14]) Es gibt nur eines (in Triest); beide Typen werden zusammen im folgenden Handelsgerichte genannt.

[15]) In Syndikatsprozessen als zweite, nach § 532 Z. P. O. bisweilen als erste Instanz.

[1]) Friedmann, Gutachten über die im Entwurfe eines Gerichtsverfassungsgesetzes geplante Reform des Richterstandes (für den X. österr. Advokatentag), 1896; v. Nemethy, Die innere Organisation der Gerichtshöfe (G. Z. 1897 Nr. 40); Hergel, Die neue Geschäftsordnung der Gerichte (1897).

sondern nur kraft Verleihung durch den Justizminister zur selbständigen Ausübung des Richteramtes legitimiert (§§ 25, 30 G. O. G.).

c) Die Garantien der richterlichen Unabhängigkeit; siehe darüber § 39.

d) Das System der drei Instanzen für jede Zivilprozeßsache, das fast vollständig durchgeführt ist; siehe darüber § 69.

e) Die Teilung der Gerichte in Einzel- und Kollegialgerichte, hauptsächlich unter Abgrenzung ihrer Macht nach dem Streitwerte. An sich zweifellos ein Nachteil, weil die Rechtssachen mit einem geringeren Streitwerte nicht einfacher und unwichtiger als andere sind, entspricht diese Teilung doch nicht nur den österreichischen Traditionen, sondern sie rechtfertigt sich auch durch den Mangel hinreichend vieler größerer Orte, die ein Kollegialgericht aufnehmen könnten; die Teilung besteht übrigens nur für die erste Instanz.

f) Das System der Fach- (Kausal-) Gerichte und -Gerichtsabteilungen für Handels-, See- und Bergsachen, gegen welches allerdings Bedenken rege gemacht werden können.

g) Das System der ständigen Geschäftsverteilung bei den Gerichten erster und zweiter Instanz. Dieses repräsentiert einen großen Fortschritt gegenüber der früheren Zuteilung jeder einzelnen Rechtssache durch den Gerichtsvorstand; denn das jetzige System hindert eine Auswahl des Richters für den einzelnen Fall, somit eine Beeinflussung der Rechtsprechung.

Die Punkte a, b, c, d werden später besprochen. Sonst gilt im einzelnen für die Organisation folgendes:

II. Die Bezirksgerichte und Bezirksgerichte für Handelssachen sind gleichartig organisiert. Sie sind Einzelgerichte, mit einem oder mehreren rechtsgelehrten Einzelrichtern, überdies nach Umständen noch mit Hilfsrichtern besetzt; der Gerichtsvorsteher (Bezirksrichter) muß stets ein Einzelrichter sein. Die Ernennung der Einzelrichter erfolgt für ein bestimmtes Bezirksgericht, befindet sich dasselbe jedoch am Sitze eines Gerichtshofes erster Instanz, für diesen (§§ 5, 6 J. N.; § 25 G. O. G.). Fungieren mehr als ein Einzelrichter bei einem Bezirksgerichte, so zerfällt die Gerichtsanstalt: Bezirksgericht in mehrere Rechtspflegeorgane (Ämter):[2]) Bezirksgericht. Unter diese mehreren Ämter werden dann alljährlich durch den Bezirksrichter[3]) (Gerichtsvorsteher, § 26 G. O. G.) die Gerichtsgeschäfte nach Gattungen,[4]) innerhalb der Gattung nach weiteren allgemeinen Merkmalen (z. B. nach Ortschaften, Anfangsbuchstaben) verteilt[5]) (§ 19 G. O., ständige Geschäftsverteilung). Abweichungen

---

[2]) Es bleibt als solches durch den Wechsel seines Trägers unberührt; Wach I. S. 325.

[3]) Unter Kontrolle des Präsidenten des Gerichtshofes erster Instanz (§ 26 Abs. 2 G. O. G.; § 50 G. O.); ob diesem zu diesem Zwecke jeder Geschäftsplan vorzulegen ist, wie § 50 G. O. annimmt, ist nach dem Gerichtsorganisationsgesetz zweifelhaft.

[4]) Z. B. Zivilprozeßsachen, Exekutionssachen (Exekutionskommissäre, § 23 E. O.), Rechtshilfesachen.

[5]) Gewisse Gattungen von Geschäften sind dem Gerichtsvorsteher vorbehalten; § 216 Abs. 2 Z. P. O. (Akteneinsicht

von dieser ständigen Geschäftsverteilung sind nur ausnahmsweise, nämlich dann zulässig, wenn ein Richter ausgeschlossen oder mit Erfolg abgelehnt ist (§ 28 G. O. G.) oder „im Falle wahrgenommenen Bedürfnisses“ (§ 26 G. O. G.),[6]) also z. B. wegen Veränderungen im Personalstande des Gerichtes oder wegen der Überlastung eines Richters; dem Geiste des Gesetzes entsprechend darf dieses wahrgenommene Bedürfnis wieder nur zu ständigen, das ist für den Rest des Jahres wirksamen „Änderungen der Geschäftsverteilung“, nicht zur Zuweisung einzelner Geschäfte an einen Richter führen[7]) (§ 26 Abs. 2 G. O. G.).

Die Parteien haben auf die Einhaltung der ständigen Geschäftsverteilung einen Anspruch, den sie durch die (verzichtbare) Rüge geltend machen können (§ 196 Z. P. O.). Eine Einrede der Unzuständigkeit, weil die Rechtssache zwar vor die richtige Gerichtsanstalt, nicht aber vor das richtige Amt gekommen sei, hat jedoch nicht statt; auch bildet es keinen Nichtigkeitsgrund, daß ein Einzelrichter eine Amtshandlung vorgenommen hat, welche „nach der Geschäftsverteilung von einem anderen Einzelrichter desselben Bezirksgerichtes vorzunehmen gewesen wäre“ (§ 26 G. O. G.).

Beauftragte Richter (siehe IV) gibt es bei Bezirksgerichten und den Bezirksgerichten für Handelssachen nicht, ersuchte Richter nicht bei den Bezirksgerichten für Handelssachen, wohl aber bei den anderen Bezirksgerichten (§ 36 J. N.). Man versteht darunter Richter eines in concreto nicht als Prozeßgericht fungierenden Gerichtes, welche für eine Spruchbehörde nach der Klagerhebung einzelne Amtshandlungen vornehmen (§ 36 J. N.; siehe § 68).

III. Die Gerichtshöfe erster Instanz (Landes- und Handelsgerichte) sind Kollegialgerichte, mit lauter für den einzelnen Gerichtshof ernannten stimmführenden (überdies auch mit Hilfs-) Richtern besetzt, und zwar die Landesgerichte in Wien, Prag und Triest lediglich mit lauter rechtsgelehrten, die Handelsgerichte und die anderen Landesgerichte mit rechtsgelehrten und Laienrichtern. Das beruht darauf, daß es nur in Wien, Prag und Triest selbständige Handelsgerichte gibt, und daß an den anderen Orten die Handels- und überall die Berggerichtsbarkeit von den Landesgerichten in Handels- und Bergrechtssenaten ausgeübt wird. Betrachtet man die Gerichte also nicht als Gerichtsanstalten, sondern als Rechtspflegeorgane, Ämter, so muß man sagen: die Handelsgerichte, Handelssenate und Bergrechtssenate sind mit rechtsgelehrten und Laienrichtern besetzt, die anderen Senate und die von Einzelrichtern versehenen Abteilungen mit lauter rechtsgelehrten Richtern (§ 7 J. N.).

Diese Gerichtshöfe zerfallen in Gerichtsabteilungen; diese Abteilungen

---

an Dritte), § 30 E. O. (Exekutionsvollzug an Sonn- und Feiertagen oder zur Nachtzeit), §§ 18 Z. 9, 24 G. O. G. (Präsidialsachen).

[6]) Auch Sprachenfragen können ein solches bilden, z. B. zu einer neuen Verteilung der Geschäfte nach Orten führen.

[7]) A. M. §§ 20, 26 G. O.: es könnten aus sprachlichen Rücksichten auch einzelne Geschäfte aus der Geschäftsverteilung ausgeschaltet werden. In solchen Fällen ist vielmehr ein Dolmetsch zuzuziehen.

sind die Gerichte als Ämter. Unter diese werden die Geschäfte alljährlich ständig wie bei den Bezirksgerichten verteilt;[8]) der Gerichtshofpräsident bildet diese Abteilungen, nimmt die Geschäftsverteilung unter sie vor (§ 32 G. O. G.) und darf auch die unerläßlichen Veränderungen in den taxativ[9]) aufgezählten Fällen vornehmen: in der Zusammensetzung der Abteilungen wegen Veränderungen im Personalstande; in der Geschäftsverteilung aus demselben Grunde, dann wegen der Verhinderung einzelner Abteilungsmitglieder und wegen der Überlastung einer Abteilung[10]) (§ 34 G. O. G.). Der Gerichtshofpräsident bestimmt auch die Abteilungsvorstände (Senatsvorsitzenden) und deren Stellvertreter, diese jedoch mit Genehmigung des Präsidenten des Oberlandesgerichtes[11]) (§ 33 G. O. G.).

Diese Gerichtsabteilungen spielen eine größere Rolle als jene bei den Bezirksgerichten. Bei diesen ist die Zuständigkeit der einzelnen Abteilungen stets mit jener des Gerichtes als Anstalt identisch, so daß es sich wirklich nur um eine Geschäftsverteilung handelt; darum ist das Parteiinteresse hinreichend durch deren Rügerecht gewahrt. Aber bei den Gerichtshöfen haben manche Abteilungen eine andere Zuständigkeit als andere: jede Abteilung ist ein Amt, aber nicht jedes Amt derselben Gerichtsanstalt hat die gleiche Zuständigkeit. Es sind vielmehr wenigstens in der Regel in einer Gerichtsanstalt verschiedene Typen von Ämtern vereinigt; dies gilt für die Handelssenate, welche eine sachlich, für die bergrechtlichen Senate, welche eine sachlich und örtlich andere Zuständigkeit haben als die anderen Abteilungen[12]) (§§ 7, 51, 53 J. N.). Darum steht zwar den Parteien vor Gerichtshöfen dann nur das Rügerecht (§ 196 Z. P. O.) zu, wenn statt der nach der Geschäftsordnung vorgesehenen Abteilung eine andere gleicher Type handelt, dann aber die Einrede der Unzuständigkeit (§ 239 Z. P. O.), wenn die einschreitende Abteilung einer anderen Type angehört, wenn also z. B. ein Handelssenat statt eines Bergrechtssenates einschreitet. Ja, wenn die Zuständigkeitsgrenze der Abteilungen auch durch eine Parteienvereinbarung nicht beseitigt werden darf (§ 104 J. N.), ist diese Einrede unverzichtbar, bildet das Fehlen der Zuständigkeit einen Nichtigkeitsgrund (§ 477 Z. 3 Z. P. O.).

Diese ganze, übrigens auch in Deutschland bekannte Einrichtung von Gerichtsanstalten mit nach den Abteilungen wechselnder Zuständigkeit ist nur dadurch zu erklären, daß für selbständige Handelsgerichte wie in Wien, Prag und Triest nicht überall und für selbständige Berggerichte nirgends ein hinreichendes Maß von Beschäftigung vorhanden wäre.[13])

---

[8]) Z. B. Erkenntnis-, Berufungssenate, Senate für Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen. Die gesetzliche Bezeichnung aller Abteilungen als Senate ist übrigens ungenau, weil auch Einzelrichter eigene Abteilungen bilden dürfen.

[9]) Anders als bei den Bezirksgerichten.

[10]) Hier werden dann Hilfssenate gebildet (§ 8 G. O.).

[11]) Motive S. 20.

[12]) Dabei können aber die Zuständigkeitsgrenzen der einzelnen Abteilungen unter Umständen verschoben werden (§§ 61—64 J. N.); siehe darüber § 55.

[13]) Damit soll nicht gesagt sein, daß die Einrichtung selbständiger Handelsgerichte oder der Handels- und Bergsenate gebilligt wird.

Die Gerichtsabteilungen umfassen Richter, und zwar notwendigerweise stimmführende, fakultativ auch Hilfsrichter. Nur ihre Minimalzahl ist vom Gesetze bestimmt: es müssen so viele sein, als zu einer gültigen Beschlußfassung erfordert sind (§ 7 J. N.); darnach dürfen in einer Abteilung auch mehr als diese Zahl von Richtern vereinigt sein. Aus dieser größeren Zahl werden dann für den einzelnen Fall die Richter zur Bearbeitung der Geschäftsstücke vom Abteilungsvorstande ausgewählt (§ 35 G. O. G.); innerhalb der Abteilung endet also die ständige Geschäftsverteilung. Die Partei darf es demnach nicht rügen, wenn an Stelle des erwarteten ein anderer Richter derselben Abteilung die Rechtssache bearbeitet; nur hat sie auch innerhalb der Abteilung einen Anspruch darauf, daß in Zivilprozeßsachen das Urteil[14]) nur von denjenigen Richtern (demjenigen Senate) gefällt werde, welche an der dem Urteile zugrunde liegenden, mündlichen Verhandlung teilgenommen haben: tritt vor der Urteilsschöpfung ein Richterwechsel ein, so muß darum die mündliche Verhandlung vor dem geänderten Senate von neuem durchgeführt werden (§ 412 Z. P. O.), widrigenfalls das gefällte Urteil nichtig ist (§ 477 Z. 2 Z. P. O.; siehe S. 123).

Die Gerichtsabteilung fungiert bald als Kollegium, bald als Einzelgericht. Das erstere ist die Regel, das zweite die Ausnahme für eine Reihe einfacher Agenden, welche einer Erledigung durch ein Kollegium nicht bedürfen. Nicht jede Erledigung durch einen einzelnen Richter freilich ist schon eine solche durch einen Einzelrichter. Vielmehr kann man nur dann sagen, der Gerichtshof fungiere als Einzelgericht, wenn die plenitudo potestatis iudicis einem einzelnen Richter zugewiesen ist; ob das Gesetz ihn dann auch Einzelrichter nennt (wie im § 7 J. N.) oder nicht (wie im § 239 Z. P. O.), das ist irrelevant. Dagegen darf man nicht vom Einzelrichter dort sprechen, wo einem einzelnen nur prozeßleitende Verfügungen, oder eine eingeschränkte Entscheidungsgewalt,[15]) oder ein Handeln mit Vorbehalt der Genehmigung des Senates zustehen. Darnach fungieren bei den Gerichtshöfen Einzelrichter in folgenden, taxativ aufgezählten Fällen: a) bei der Erlassung und Verweigerung wechselrechtlicher Zahlungs- und Sicherstellungsaufträge (§ 7 J. N.); b) bei der Abhaltung der ersten Tagsatzung, der Wiedereinsetzung wider deren Versäumung und bei Fällung der hiebei zulässigen Entscheidungen[16]) (§ 239 Z. P. O.; § 37 Z. 5

[14]) Oder die sonstige Endentscheidung nach mündlicher Verhandlung; bei anderen Tätigkeiten bedarf es beim Richterwechsel keiner neuen Verhandlung (z. B. im vorbereitenden Verfahren).

[15]) Z. B. die Bewilligung, aber nicht die Versagung des Armenrechtes (§ 37 Z. 3 G. O. G.).

[16]) Z. E. Nr. 257; Skedl I. S. 52 Anm. 3; Bloch in Gellers Ztbl. XV. S. 624; Katz, Urteil S. 23; Neumann, Komm. I. S. 569; a. M. Horten S. 177 f. für den Fall, daß nicht der Vorsitzende selbst die erste Tagsatzung abhält. Man muß zugeben, daß § 239 Z. P. O. nicht ganz klar textiert ist; aber von einem „beauftragten Richter" spricht er nicht, und die Konsequenzen der Horten'schen Auffassung sind auch unannehmbar: soll z. B. § 35 Abs. 2 J. N. angewendet werden, wenn ein Senatsmitglied, und nicht angewendet werden, wenn der Vorsitzende die erste Tagsatzung leitet?

G. O. G.); c) in Bagatell- und Besitzstörungsprozessen (Art. XIV Einf. Ges. zur J. N.; § 79 J. N.); d) bei der Liquidierung von Advokatengebühren nach Art. V Einf. Ges. zur Z. P. O. (§ 37 Z. 2 G. O. G.);[17]) e) bei der Entscheidung über die Prozeßkosten, falls die Klage vor der ersten Tagsatzung zurückgenommen wird (§ 37 Z. 6 G. O. G.); f) fakultativ nach Ermessen des Gerichtshofpräsidenten bei Exekutionsbewilligungssachen[18]) (§ 7 J. N.) und bei der Erledigung von Anträgen nach §§ 582, 583 Z. P. O. Diese Einzelrichter haben die Stellung jener bei Bezirksgerichten; ihre Agenden sind daher, insolange sie dieselben kraft einer ständigen[19]) Geschäftsverteilung haben, an den Senat unübertragbar[20]) — sie wären sonst keine Einzelrichter — und ihre Verfügungen und Entscheidungen werden als solche des Gerichtes bei dem höheren Gerichte und nicht nach § 516 Z. P. O. vorerst bei dem Senate angefochten.[21])

IV. Der Gerichtshof erster Instanz als Kollegium verhandelt und entscheidet in erster und in zweiter Instanz in Senaten von drei Stimmführern, nur als Berufungsgericht des Gewerbegerichtes in solchen von fünf (§ 7 J. N.; § 31 Gew. Ger. Ges.). Die drei Stimmführer bestehen aus dem Vorsitzenden und zwei stimmführenden Richtern, von denen in Handels- und Bergrechtssenaten einer ein fachmännischer Laienrichter ist (§ 7 J. N.), bei allen Senaten einer ein Gerichtssekretär sein darf; die fünf Stimmführer des gewerbegerichtlichen Berufungssenates bestehen aus dem Vorsitzenden, zwei rechtsgelehrten Richtern (darunter darf ein Gerichtssekretär sein) und zwei gewerblichen Beisitzern (§ 31 Gew. Ger. Ges.). Auch dieses Kollegium handelt nicht immer in pleno. So wie der Gerichtshof dadurch entlastet wird, daß einzelne Agenden von Einzelrichtern besorgt werden, so wird es der Senat dadurch, daß einzelne seiner Agenden durch seinen Vorsitzenden, durch den Gerichtsvorsteher oder durch einen beauftragten Richter bald vorgenommen werden müssen, bald vorgenommen werden dürfen. Auch hier wie bei den Einzelrichtern gilt als Regel der Geschäftsverteilung die Behandlung im Senate, als Ausnahme jene durch den Einzelnen.

a) Das Kollegium als solches ist der Amtsträger, hat darum einen Willen, der zwar durch jenen seiner Mitglieder gebildet, aber vom Willen der einzelnen Mitglieder unabhängig ist;[22]) sein[23]) Wille wird durch die

[17]) § 37 G. O. G. sagt: „bedarf... keiner Beschlußfassung des Senates"; das ist nicht ganz klar, ist auch schon mißverstanden worden (siehe Anm. 20), soll aber nach den Eingangsworten des § 37 G. O. G. objektiv und nicht subjektiv (vom Standpunkte des Richters) normieren.

[18]) A. M. Horten S. 175.

[19]) Sie ist ein derartiger Grundsatz der Gerichtsorganisation, daß § 10 Abs. 4 G. O. mit ihr wohl kaum vereinbar ist.

[20]) A. M. Schmid in G. Z. 1901 S. 36 gegen die von ihm selbst bekundete Praxis.

[21]) Pfaff-Schey Nr. 184; v. Fürstl I. S. 764; Neumann, Komm. I. S. 968; a. M. Horten S. 171 ff.

[22]) Auf der Verkennung dieser Grundsätze beruht die irrige Auffassung Hortens S. 119 über die Abstimmung nach Gründen.

[23]) § 9 J. N. sagt ungenau: der Wille des „Gerichtes"; aber auch ein Einzelrichter ist das Gericht.

Abstimmung ermittelt (insofern nicht ein einzelner für das Kollegium mit Wirkung unter der Bedingung handelt, daß es der Handlung nicht widerspricht; siehe z. B. § 186 Z. P. O.). Die Abstimmung setzt die gehörige Besetzung der Richterbank voraus; es dürfen nicht mehr und nicht weniger als die gesetzliche Zahl und Art der Stimmführer mitstimmen[24]) (§ 9 J. N.), auch dann, wenn Ergänzungsrichter beigezogen sind;[25]) das ist zwar dem (dem § 156 der früheren Gerichtsinstruktion nachgebildeten) § 9 J. N. nicht, wohl aber dem § 36 G. O. G. zu entnehmen. Die Abstimmung erfolgt nach etwa vorausgegangener Beratung unter Ausschluß jeder, auch der Parteienöffentlichkeit (§ 171 Z. P. O.; § 184 G. O.) derart, daß der rangsältere Richter vor dem rangsjüngeren, der Berichterstatter (§ 35 G. O.) zuerst, der Vorsitzende zuletzt, der Laienrichter spätestens nach dem Berichterstatter[26]) abstimmt (§ 10 J. N.). Über jeden Anspruch wird abgesondert abgestimmt; hiebei werden wieder durch eine abgesonderte Abstimmung zuerst die „Vorfragen" erledigt, das sind solche Fragen, welche den Gegenstand einer selbständigen Entscheidung bilden können, wenn sie ihn auch in concreto nicht bilden;[27]) überdies gilt ex lege als solche die Frage nach der Notwendigkeit der Ergänzung des Verfahrens (§ 11 J. N.). Die Reihenfolge der Vorfragen bei der Abstimmung bestimmt sich nach ihrer Stellung im Zivilprozesse:[28]) es kommen also zunächst jene nach Ergänzung des Verfahrens,[29]) dann die Prozeßvoraussetzungen des § 529 Z. P. O., dann die anderen Prozeßvoraussetzungen, dann der — nachträglich entstandene — Anspruch auf die Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten, dann die prozessualen und dann die materiellen Vorfragen zur Abstimmung,[30]) innerhalb jeder Gruppe aber jene Vorfrage, deren Erledigung ihrer Natur nach die Abstimmung über möglichst viele weitere Fragen erspart.[31])

Die Abstimmung ist zunächst keine solche nach Gründen, sondern eine solche nach dem Resultate, so daß ein Resultat aus verschiedenen, einander widersprechenden Gründen sich ergeben kann; es weist z. B. ein Richter die Klage ab, weil er die Verjährung des Anspruches, der zweite, weil er die Unklagbarkeit des (an sich nach seiner Meinung unverjährten) Anspruches, der dritte, weil er dessen Nichtentstehen annimmt.[32])

---

[24]) Horten S. 111; a. M. v. Canstein S. 48.

[25]) Über den hiehergehörigen Fall des § 62 J. N. siehe § 55.

[26]) Diese Norm ist unzweckmäßig (v. Schrutka, Umgestaltung S. 24 f.); der Laienrichter sollte zuletzt abstimmen.

[27]) A. M. Horten S. 116 f. (für die materiellrechtlichen Vorfragen).

[28]) A. M. dem Anscheine nach § 188 G. O. (verbis: „Giltigkeit des . . . Beschlusses").

[29]) Über die zur Abstimmung gelangende Frage.

[30]) Diese ganze Frage war schon im gemeinen (Linde, Lehrbuch § 225 Note 3; Danz, Grundzüge des ordentl. Prozesses S. 370) und ist im deutschen Prozesse strittig (Levy in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XX. S. 87 ff.).

[31]) Das deutsche Recht hat den Abstimmungsmodus unbestimmt gelassen; Unsicherheit in Theorie und Praxis ist die Folge; Planck, Lehrbuch I. S. 159; R. Schmidt S. 181; Pfizer in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XV. S. 366 ff.; Lang i. e. l. XXVI. S. 63 ff.

[32]) Weitere Beispiele bei Stein, Kunst der Rechtsprechung (1900) S. 16 ff.

Das Gesetz nimmt diesen logischen Mangel seiner Abstimmungsart um ihrer Einfachheit willen in den Kauf. Führt sie aber trotz zweimaliger Umfrage zu keinem Resultat, so findet nun die Abstimmung nach „Punkten", das ist nach Entscheidungsgründen (tatsächlicher oder rechtlicher Natur) statt, welche der Vorsitzende formuliert (§ 11 J. N.).

Ein Abstimmungsresultat wird durch die absolute Stimmenmehrheit erzielt (§ 12 Abs. 1 J. N.); ist bei Summen eine solche nicht zu erlangen, so werden die für die größte Summe abgegebenen Stimmen insolange der nächst niederen zugezählt, bis sich die erforderliche Mehrheit ergibt (§ 12 Abs. 3 J. N.). Kein Richter darf die Abstimmung verweigern, auch wenn er bei jener über eine Vorfrage oder einen Punkt in der Minderheit blieb (§ 11 Abs. 1 J. N.); soll diese Norm einen Sinn haben, so muß nun der Richter derart abstimmen, als ob er bei der Vorfrage mit der Mehrheit übereingestimmt hätte. Das Resultat der Abstimmung faßt der Vorsitzende unter der Kontrolle des Senates zusammen (§ 13 J. N.); sie ist beendet und unwiderruflich,[33]) wenn die Entscheidung den Parteien verkündet, oder falls dies nicht geschieht, zur Ausfertigung abgegeben ist[34]) (§ 416 Z. P. O.).

Die ganze, ungemein komplizierte Regelung der Abstimmung ist dem Gesetze im allgemeinen derart gut gelungen, daß nur selten Abstimmungsschwierigkeiten sich ergeben können.

b) Für das Kollegium handeln bisweilen einzelne, nicht als Einzelrichter, sondern als Repräsentanten. In erster Linie steht hier der Senatsvorsitzende.[35]) Er handelt in jenen Fällen für den Senat,[36]) in denen es das Gesetz ausdrücklich anordnet (§ 34 J. N., § 37 G. O. G.); in anderen darf der Vorsitzende nicht, in jenen muß er allein handeln,[37]) da das Gesetz ihm nicht gestattet, nach seinen Ermessen die Beschlußfassung des Senates einzuholen, statt selbst zu entscheiden. Es handelt sich großenteils um die Prozeßleitung, durchwegs um einfachere, minder wichtige oder besonders dringliche Angelegenheiten, in denen der Vorsitzende den Senat repräsentiert; beispielsweise sei auf § 230 Abs. 1 Z. P. O. im Gegensatze zu den §§ 230 Abs. 2 Z. P. O., 183, 187 ff., 386 Abs. 2 Z. P. O., § 37 G. O. G. verwiesen. Nur ausnahmsweise sind diese Verfügungen und Entscheidungen des Vorsitzenden der Überprüfung durch den Senat entzogen;[38]) in der Regel ist eine solche zulässig. Ist die Verfügung oder Entscheidung außerhalb der mündlichen Verhandlung ergangen, so kann nur die Partei ihre Überprüfung provozieren (§ 516 Z. P. O.); ist jene in der mündlichen Verhandlung

[33]) Siehe aber § 185 G. O. Unabhängig davon ist die Frage, ob der Senat Beschlüsse abändern darf; §§ 277, 425, 522 Z. P. O.

[34]) Über das Beratungsprotokoll siehe § 14 J. N.; §§ 186—189 G. O.

[35]) Schreiber, Die künftigen Aufgaben des Vorsitzenden (G. Z. 1895 Nr. 44); Gaupp-Stein I. S. 339 f.

[36]) Sie sind bei Schauer, Z. P. O. S. 99 ff.; Horten S. 169 ff. aufgezählt.

[37]) A. M. Horten S. 171.

[38]) Siehe ihre Aufzählung bei Schauer, Z. P. O. S. 855 ff.; es sind lauter solche, bei denen wenigstens die abgesonderte Anfechtung ausgeschlossen ist.

ergangen, so darf auch ein Senatsmitglied die Überprüfung fordern, falls die Verfügung oder Entscheidung ihm „unzulässig" erscheint (§ 186 Z. P. O.), nicht schon dann, wenn sie ihm zweckwidrig vorkommt.

Der Präsident des Gerichtshofes, regelmäßig nur ein Organ der Justizverwaltung,[39]) ist ausnahmsweise statt des verhinderten Senatsvorsitzenden das Rechtspflegeorgan (§ 34 J. N.); die Fälle sind in den §§ 100, 205, 224, 247 Z. P. O. genannt. Konkurrierend mit dem Senate fungiert er[40]) in den in den §§ 582—584 Z. P. O. genannten Fällen, konkurrierend mit dem Senatsvorsitzenden in jenem des § 386 Z. P. O.[41]) Dem Präsidenten vorbehalten ist die Vernehmung der Mitglieder des kaiserlichen Hauses als Zeugen (§ 328 Z. P. O.) und die Entscheidung über Beschwerden gegen Zustellungs- und Vollstreckungsorgane (§ 91 Z. P. O.; § 68 E. O.). Gegen die Entscheidungen des Präsidenten ist in den Fällen der §§ 205, 584, 328 und 386[42]) Z. P. O. die Anfechtung beim Senate zulässig (§ 516 Z. P. O.); die anderen Verfügungen und Entscheidungen sind unanfechtbar.

Der beauftragte Richter ist ein Richter des Prozeßgerichtes, welcher richterliche Amtshandlungen des Erkenntnisverfahrens außerhalb der mündlichen Verhandlung statt des Senates vornimmt (§ 35 J. N.). Er entnimmt seine Amtsgewalt nicht dem Gesetze allein, sondern diesem in Verbindung mit einem konkreten Auftrage des Senates;[43]) schon dadurch unterscheidet er sich vom Vorsitzenden und Gerichtsvorsteher. Er hat aber auch eine wesentlich geringere Gerichtsgewalt als diese. Denn nicht nur, daß der Senat stets selbst die Handlungen vornehmen darf, welche zur Beauftragung eines Richters führen könnten, auch der schon erteilte Auftrag darf jederzeit vom Senate widerrufen oder eingeschränkt werden (§ 35 J. N.); die Beschlüsse des beauftragten Richters (insoweit sie nicht unabänderlich sind) unterliegen der Überprüfung durch den Senat auch von Amts wegen[44]) (§ 35 J. N.), bisweilen auch noch jener des Vorsitzenden (§§ 255, 256 Z. P. O.); seine ganze Gerichtsgewalt endlich ist durch den konkreten Auftrag begrenzt. Innerhalb dieser Grenzen hat der beauftragte Richter die Befugnisse des Vorsitzenden voll (§§ 143, 203, 249, 284 Z. P. O.), jene des Senates zum erheblichen Teile, insbesondere die ganze Sitzungspolizei (§§ 143, 203, 284 Z. P. O.). Die Fälle der Beauftragung sind gesetzlich festgelegt;[45]) sie betreffen im wesentlichen Beweis-

[39]) Er sei denn gleichzeitig Senatsvorsitzender.

[40]) Nicht auch der Vorsitzende; warum?

[41]) Das Gesetz sagt nicht ausdrücklich, daß der Senat an der Tätigkeit verhindert sein müsse, damit Präsident oder Vorsitzender einschreiten dürfen; doch ergibt es sich ratione legis. Vielfach übereinstimmend Horten S. 161 ff.

[42]) Im Falle der Ablehnung der Beweisaufnahme, nicht auch in jenem ihrer Zusicherung.

[43]) Nie des Vorsitzenden, ausnahmsweise des Gerichtsvorstehers (§ 247 Z. P. O.).

[44]) Der Senat darf ihm auch die Wiederholung und Ergänzung der Amtshandlung auftragen (§§ 256, 286 Abs. 3 Z. P. O.).

[45]) Wobei das Gesetz nicht immer den terminus „beauftragter Richter" gleichmäßig gebraucht; siehe §§ 239 (a. M. Horten S. 178), 584 Z. P. O., 22 G. O. (a. M. Horten S. 177) einerseits, §§ 285, 357, 368 Z. P. O. andererseits.

aufnahmen (§§ 276, 278, 282, 300, 314, 328, 352, 368, 488 Z. P. O.), das vorbereitende Verfahren (§§ 245 ff. Z. P. O.), Erhebungen für das Berufungs- und Rekursgericht (§§ 473, 526 Z. P. O.); niemals darf dem beauftragten Richter die Endentscheidung eines Punktes, einer Vorfrage oder des Anspruches aufgetragen werden. Die ganze Institution des beauftragten Richters muß, als die Unmittelbarkeit der Urteilsgrundlage schwer gefährdend, mit dem äußersten Mißtrauen betrachtet und darf von den Gerichten sehr sparsam, nur in Notfällen benutzt werden, soll dem Geiste des Gesetzes Genüge geschehen.

V. Die Gerichtshöfe zweiter Instanz (Oberlandesgerichte) fungieren in der Regel als Kollegialgerichte, als Einzelgerichte nur in den Fällen III b, d, e, f, wenn das Oberlandesgericht als erste Instanz fungiert (§§ 532, 600 Z. P. O.). Als Kollegialgericht fungiert es in Senaten von fünf Stimmführern, sämtlich rechtsgelehrten Richtern, die mit einfacher, absoluter Stimmenmehrheit beschließen.

Die Ausführungen sub III und IV über die Gerichtsabteilungen und Senate finden hier Anwendung.

VI. Der oberste Gerichtshof fungiert stets als Kollegialgericht. Eine ständige Geschäftsverteilung hat er nicht; die Agenden werden stückweise Referenten zugewiesen, und die Senate, aus sieben rechtsgelehrten Stimmführern mit Einschluß des Vorsitzenden bestehend (§ 43 G. O. G.), werden von Fall zu Fall zusammengesetzt (§§ 15, 18 des kais. Pat. vom 7. August 1850 Nr. 325; § 43 G. O. G.; Art. XI Einf. Ges. zur J. N.) und beschließen mit einfacher, absoluter Mehrheit. Zur Erhaltung einer einheitlichen Rechtsprechung gibt es von dieser Ordnung eine Abweichung sowohl hinsichtlich der Zahl der Senatsmitglieder als auch hinsichtlich der zur Beschlußfassung erforderlichen Mehrheit. Es bestehen nämlich beim obersten Gerichtshofe zwei Spruchbücher zur Eintragung der aus Anlaß konkreter Entscheidungen ausgesprochenen Rechtsansichten des Senates: das Spruchrepertorium und das Judikatenbuch;[46]) die Eintragungen in jenes sind fakultativ, in dieses obligatorisch, für die unteren Instanzen in keiner Weise, für den obersten Gerichtshof nur derart bindend, daß ein Abgehen von einer eingetragenen Rechtsansicht an eine Abstimmung im verstärkten Senate geknüpft ist. Es werden nämlich verstärkte Senate zur neuen Prüfung der Rechtsfrage (nicht zur Entscheidung konkreter Rechtsschutzansprüche) gebildet: von 15 Mitgliedern, wenn durch Mehrheitsbeschluß eines Siebener-Senates von einer in das Spruchrepertorium eingetragenen,[47]) von 21 Mitgliedern, wenn durch einhelligen Beschluß eines

[46]) Daneben gibt es noch Plenarbeschlüsse des o. G. H. nach § 16 lit. f des Statutes zur „Entscheidung einer von den Gerichten verschieden oder unrichtig entschiedenen Rechtsfrage", welche nicht in das Judikatenbuch gehören.

[47]) Der Fünfzehner-Senat tritt auch zusammen, wenn zwei Siebener-Senate entgegengesetzte Eintragungen in das Judikatenbuch beschließen; auch hieraus ergibt sich ein Judikat; § 3 der allerhöchsten Entschl. vom 7. August 1872.

Siebener-Senates[48]) von einer in das Judikatenbuch eingetragenen Rechtsansicht abgegangen werden soll. Das Spruchrepertorium steht zur Eintragung seiner aus konkretem Anlasse ausgesprochenen Rechtsansicht jedem Siebener-Senate offen; diese Eintragung „bindet" also bei jeder folgenden Entscheidung jeden Senat, insolange sie nicht durch eine abändernde, dann obligatorisch in das Judikatenbuch eingetragene gegenstandslos wurde; die letztere wieder „bindet" bis zu ihrer Abänderung durch einen Einundzwanziger-Senat. Die Senate des obersten Gerichtshofes sind demnach in der Bildung ihrer Rechtsansichten nicht bloß an das Gesetz, sondern auch bis zu ihrer Abänderung an die — wenngleich als irrig erkannten — im Spruchrepertorium oder Judikatenbuch eingetragenen Rechtsansichten gebunden;[49]) eine Rechtsbildung bedeuten diese freilich nie, was sich unter anderem schon daraus ergibt, daß sie zwar den obersten Gerichtshof, nicht aber die anderen Gerichte „binden".

Die ganze Einrichtung geht auf eine allerhöchste Entschließung vom 3. Oktober 1854 zurück, welche mit Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Erlassung Gesetzeskraft hatte[50]) und durch das Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 Nr. 144 Art. VI nicht berührt wurde, da sie die Unabhängigkeit des einzelnen Richters nicht mehr als das Mehrheitsprinzip überhaupt berührt; ihre jetzige Gestaltung verdankt sie Anordnungen des Präsidenten des obersten Gerichtshofes aus dem Jahre 1872. Sie ist, wie die ganze Organisation des obersten Gerichtshofes, durch Art. XI Einf. Ges. zur J. N. aufrechterhalten, der freilich ungenau dahin textiert ist, daß das Organisationsstatut des obersten Gerichtshofes vom 7. August 1850 Nr. 325 aufrechterhalten sei, insofern es nicht durch Jurisdiktionsnorm, Zivilprozeßordnung und Exekutionsordnung abgeändert sei;[51]) dasselbe galt aber schon lange nicht mehr unverändert,[52]) und man muß ratione legis und arg. § 8 J. N. annehmen, daß mit den durch die neuen Gesetze selbst geschaffenen Ausnahmen jene Organisation des obersten Gerichtshofes aufrechterhalten ist, welche am 31. Dezember 1897 bestand. Dagegen spricht auch die im § 509 Abs. 2 Z. P. O. vorgesehene fakultative mündliche Verhandlung vor dem obersten Gerichtshofe nicht,[53]) weil nichts

[48]) Der Referent des Siebener-Senates allein konnte nach § 5 der allerhöchsten Entschl. vom 7. August 1872 beim Präsidenten des o. G. H. die Einberufung des Einundzwanziger-Senates erwirken; doch wird man nunmehr diese Norm nicht mehr als gültig ansehen können, weil sie (übereinstimmend mit §§ 149, 155 Ger. Instr.) die Senatsbesetzung dem Ermessen des Präsidenten anheimgibt, während sie jetzt gesetzlich nach Minimum und Maximum festgelegt ist.

[49]) Über die ganze Einrichtung in Vergleichung mit ähnlichen im Deutschen Reiche Schultzenstein in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XVIII. S. 88 ff.

[50]) A. M. Horten S. 48; zweifelnd Friedmann, Gutachten S. 95. Auf dem Standpunkte des Textes steht der o. G. H. und wohl auch die herrschende Meinung, siehe R. Pollak, Exekution zivilgerichtlicher Urteile (in Grünhuts Zeitschr. XXX. S. 389 ff.).

[51]) Eine weitere Veränderung hat § 43 G. O. G. vorgenommen.

[52]) Siehe z. B. §§ 7, 9, 26 des Statuts vom 7. August 1850 Nr. 325.

[53]) A. M. Friedmann, Gutachten über die im Entwurfe eines Ger. Verf. Ges. geplante Reform des Richterstandes S. 95 Anm. 70.

hindert, die Entscheidung der Rechtsfrage vor dem verstärkten Senate durchzuführen und, da dieser verstärkte Senat nur über die Rechtsfrage zu entscheiden hat, die Urteilsfällung selbst nach §§ 415, 463, 513 Z. P. O. auszusetzen; damit entfällt auch das von Friedmann a. a. O. aus § 9 J. N. abgeleitete und das jetzt aus § 43 G. O. G. noch verbliebene Bedenken.

§ 37. Die Sondergerichte.

I. Von einer einheitlichen Organisation derselben, wie sie für die ordentlichen Gerichte besteht, ist keine Rede. Die hieher gehörigen Gerichte verdanken ihre Existenz zum Teile den überwundenen Anschauungen früherer Zeiten, zum Teile politischen Erwägungen, zum Teile Schlagworten oder vermeintlichen Bedürfnissen des Tages; nur wenige von ihnen können als sachlich berechtigt gelten. Eine einheitliche Organisation der verschiedenen Typen aber ist schon durch die große Verschiedenheit ihrer Entstehungsursachen ausgeschlossen; als gemeinschaftliche Elemente der Sondergerichte können nur angeführt werden, daß sie sich fast insgesamt dem ordentlichen Instanzenzuge entziehen,[1]) daß sie — mit Ausnahme des Patentgerichtshofes — nur Gerichte erster Instanz sind, daß keines von ihnen (mit Ausnahme der Elbezollgerichte, deren Stellung als Sondergerichte übrigens zweifelhaft ist) lediglich mit rechtsgelehrten Richtern besetzt ist, und daß sie mit wenigen Ausnahmen nicht wie die ordentlichen Gerichte das Reich lückenlos mit ihren Sprengeln erfüllen.

Im einzelnen gilt folgendes:

II. Das Reichsgericht (Gesetz vom 18. April 1869 Nr. 44) kommt hier nur deshalb in Betracht, weil es Kompetenzkonflikte zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden auszutragen hat (Art. II des Staatsgrundges. vom 21. Dezember 1867 Nr. 143; siehe S. 16). Es besteht aus dem Präsidenten, seinem Stellvertreter, zwölf Mitgliedern und vier Ersatzmännern; für die Mitglieder und Ersatzmänner hat der Reichsrat ein Vorschlagsrecht dahin, daß das betreffende Haus des Reichsrates einen Vorschlag aus „drei sachkundigen Männern" für jede erledigte Stelle erstattet (Art. V des Staatsgrundges. vom 21. Dezember 1867 Nr. 143). Das Reichsgericht zerfällt nicht in Gerichtsabteilungen, sondern verhandelt in einem Senate von mindestens neun und höchstens dreizehn Mitgliedern (§ 6 des Ges. vom 18. April 1869 Nr. 44).

III. Das Oberstthofmarschallamt, dessen Bestand hinter das Jahr 1749 zurückgeht, judiziert in Senaten, welche aus dem Oberstthofmarschall und vier Räten des Landesgerichtes Wien bestehen. Der Rechtszug geht an das Oberlandesgericht Wien, ohne daß das Oberstthofmarschallamt demselben untergeordnet wäre (Hofd. vom 19. Dezember 1795, J. G. S. Nr. 306).

IV. Die Elbezollgerichte,[2]) seit 1821 bestehend, sind derzeit mit

[1]) Allerdings nicht jedem Instanzenzuge.

[2]) Strisower im Österr. Staatswörterbuch I. S. 397; Ullmann, Lehrbuch S. 20, 50; v. Canstein, Lehrbuch I. S. 106; Horten S. 25 ff.

den Bezirksgerichten in Melnik, Lobositz, Raudnitz, Aussig, Tetschen und Leitmeritz vereinigt, welche bei der Ausübung der Elbezollgerichtsbarkeit die Bezeichnung: „k. k. Bezirksgericht in ... als Elbezollgericht" führen (J. M. Erl. vom 9. August 1868 Z. 9132; Art. VI Z. 3 Einf. Ges. zur J. N.); sie müssen vertragsmäßig Einzelgerichte sein.

V. Die Gewerbegerichte,[3]) seit 1869 in Österreich bestehend — außerhalb Österreichs geht ihre Existenz auf den Anfang des Jahrhunderts zurück — waren ursprünglich aus lauter Laien zusammengesetzt. In dieser Organisation verkümmerte das Institut. Nunmehr besteht es auf Grund des Gesetzes vom 27. November 1896 Nr. 218 aus rechtsgelehrten Richtern und Laien (§ 7 l. c.). Die Vorsitzenden und deren Stellvertreter müssen für das Richteramt befähigte, vom Justizminister ernannte richterliche Beamte sein; die Laien (Beisitzer) werden aus den Wahlkörpern der Unternehmer und der Arbeiter gewählt (§ 7 l. c.), wobei auch Frauen das aktive Wahlrecht haben (§§ 8, 9 l. c.). Die Gewählten müssen Männer, aktiv wahlberechtigt, österreichische Staatsbürger, eigenberechtigt und wie ein Richter unbescholten sein; sie müssen das Amt annehmen, wenn sie keinen gesetzlichen Ablehnungsgrund haben (§ 9 l. c.); ihre Wahl erfolgt auf vier Jahre (§ 14 l. c.). So stellt das Gewerbegericht den Typus eines gemischten Gerichtes dar, sowohl wegen seiner Zusammensetzung aus Juristen und Laien als auch wegen jener aus ernannten und gewählten Richtern. Die Errichtung der einzelnen Gewerbegerichte hängt (mit einer nicht mehr relevanten Ausnahme) von dem Ermessen der Regierung ab (§ 2 l. c.). Es schien, daß man aus der Errichtung verhältnismäßig zahlreicher Gewerbegerichte — es gab deren am 1. Juli 1901 fünfzehn, während unter dem früheren Rechte nur vier amtiert hatten — einen Schluß dahin ziehen dürfe, daß sich diese Institution nun das Vertrauen der beteiligten Kreise erworben habe, das sie nach dem früheren Gesetze nicht besaß; daraus würde freilich weiter folgen, daß dieses neugewonnene Vertrauen hauptsächlich auf der Heranziehung des juristischen, namentlich des Richterelementes beruht, welches diesem Typus früher fehlte. Allein in der letzten Zeit sind aus den Kreisen der Beteiligten lebhafte Klagen gegen die Gewerbegerichte laut geworden, so daß von einem solchen Vertrauen nicht mehr gesprochen werden kann; auch ist konsequenterweise die Regierung an die Errichtung neuer Gewerbegerichte nicht geschritten.

Auch die Gerichtsanstalt „Gewerbegericht" kann in Gerichtsabteilungen mit einer ständigen Geschäftsverteilung zerfallen. An der Spitze jeder Abteilung steht der ernannte Richter, dem zahlreiche Beisitzer beigeordnet sind. Die Abteilung fungiert bald durch ihren Vorsitzenden als Einzelgericht, bald als Kollegium von drei Mitgliedern, einem Juristen und zwei Beisitzern, je einem aus jedem Wahlkörper (§ 28 l. c.).

---

[3]) R. Pollak im Arch. für soziale Gesetzgebung IX. S. 156 ff.; X. S. 272 ff.; Bloch, Gewerbegerichtsgesetz (1899).

VI. Die Börsenschiedsgerichte[4]) stellen die schwächste Form der staatlichen Rechtsprechung dar, sind aber mit Rücksicht auf ihre Entscheidungs- und Befehlsgewalt derzeit alle staatliche Gerichte,[5]) die daher nur irreführend den Namen eines Schiedsgerichtes tragen. Ihre Existenz ist fakultativ, hängt nämlich vom einzelnen Börsenstatute ab (Art. XIII Einf. Ges. zur Z. P. O.; §§ 2, 6 Börsegeſ.). Bestimmt das Statut ihre Errichtung, so sind sie folgendermaßen organisiert: sie bestehen jetzt wie früher nur aus gewählten Laien (Art. XIII Einf. Ges. zur Z. P. O.); aktiv wahlberechtigt sind die Börsebesucher und Börsemitglieder. Wenn aber das Schiedsgericht seine Zuständigkeit auf Personen ausdehnt, welche nicht Börsemitglieder oder Börsebesucher sind (Art. XIV Einf. Ges. zur Z. P. O.), so wird — das ist eine Neuerung gegenüber dem früheren Rechte — zu Gunsten dieser personae extraneae ein zweiter Wahlkörper aus den Handels- und Gewerbekammern gebildet; diese üben das Wahlrecht[6]) nach Einvernehmung der Gewerbegenossenschaften, Landeskulturräte oder Landwirtschaftsgesellschaften aus (Art. XVI Einf. Ges. zur Z. P. O.). Hiedurch entstehen dann zwei Listen von Schiedsrichtern, die eine, aus dem erstgenannten Wahlkörper stammend, steht allen Prozeßparteien, die zweite nur den personae extraneae zur Verfügung (Art. XVI Einf. Ges. zur Z. P. O.); auf diese Weise soll eine einseitige, befangene Zusammensetzung der Spruchkollegien für den einzelnen Fall zu Gunsten der Börsebesucher und Börsemitglieder verhütet werden. Um auch die Qualität der Rechtsprechung zu heben, ist bestimmt, daß — abweichend vom früheren Zustande — ein zur Ausübung des Richteramtes befähigter Sekretär der Börsenkammer[7]) an den Beschlußfassungen des Schiedsgerichtes mit beratender Stimme teilnehmen muß (Art. XV Einf. Ges. zur Z. P. O.); hiedurch ist dem rechtsgelehrten Elemente ein wenn auch nicht hinreichender Einfluß gewahrt, der durch die Gestaltung des Instanzenzuges ein wenig vermehrt wird (Art. XXIII ff. Einf. Ges. zur Z. P. O.; Art. XXIX f. Einf. Ges. zur E. O.). Die ganze Reorganisation ist unter dem heftigsten Widerstande der Börsenkreise zustande gekommen und hinter dem Regierungsentwurfe zurückgeblieben.

Die Börsenschiedsgerichte haben keine ständige Geschäftsverteilung; ihre Senate von fünf Mitgliedern und dem Sekretär werden von Fall zu Fall derart gebildet, daß jede Prozeßpartei aus den Listen zwei Schiedsrichter wählt, welche dann den Obmann bestellen.

---

[4]) Horowitz, Verfahren vor den Börsenschiedsgerichten (1896). Über das frühere Recht v. Lindheim, Das Schiedsgericht im modernen Zivilprozesse; R. Pollak, Garantien der Rechtsprechung vor Börsenschiedsgerichten (Jur. Bl. 1895 Nr. 6 f.); die von diesem gemachten Vorschläge erscheinen großenteils nun verwirklicht.

[5]) Klein, Pro futuro S. 110; Menzel, Arbeiterversicherung S. 160; R. Pollak in Grünhuts Zeitschr. XIX. S. 783; a. M. Horowitz und v. Lindheim a. a. O.

[6]) Sie „benennen" diese Schiedsrichter, sagt Art. XVI Einf. Ges. zur Z. P. O.

[7]) Die Regierung hat das Bestätigungsrecht; Art. XV Einf. Ges. zur Z. P. O.

VII. Die Arbeiterversicherungsschiedsgerichte[8]) können hieher nur gezählt werden, wenn man die von ihnen zu verfolgenden Ansprüche nicht als öffentlichrechtliche ansieht. Es gibt drei Arten dieser Schiedsgerichte: jene der Unfallversicherungsanstalten, der Krankenkassen und der Bruderladen (§ 38 Unf. Vers. Ges.; § 41 Krankenkassengeſ.; §§ 19, 20 Bruderladengeſ.); sie alle führen den Namen eines Schiedsgerichtes mit Unrecht.[9]) Ihre Zusammensetzung ist nicht gleich. Das Unfallschiedsgericht besteht aus einem ernannten rechtsgelehrten Richter als Vorsitzenden, zwei ernannten und zwei gewählten Laienbeisitzern; bei jenem der Bruderladen stehen drei ernannten zwei gewählte Laien gegenüber; jenes der Krankenkassen besteht aus fünf gewählten Laien.

VIII. Gerichte in Patentsachen[10]) sind die Nichtigkeitsabteilung des Patentamtes (§§ 70 ff. Pat. Ges.)[11]) und der Patentgerichtshof (§§ 36, 41 Pat. Ges.); nur den letzteren denkt sich das Gesetz als Gericht. Jene besteht aus zwei rechtsgelehrten und drei fachmännischen Mitgliedern (§ 37 l. c.), der Patentgerichtshof aus drei gelehrten Richtern, einem Hofrat des Handelsministeriums und drei fachtechnischen Mitgliedern (§ 41 l. c.). Alle sind ernannt.

IX. Prisengerichte,[12]) die nur ausnahmsweise erwähnt werden, da sie, genau genommen, keine Zivilgerichte sind, sind an Abteilungen des Oberlandesgerichtes Triest angegliedert. Es sind nichtständige, gemischte Gerichte aus lauter ernannten Mitgliedern: vier rechtsgelehrten Richtern, dem Hafenadmiral, einem Rat der Zentralseebehörde und dem Justizreferenten des Marinekommandos (kais. Vdg. vom 21. März 1864 Nr. 31).

X. Die Konsulargerichte[13]) sind keine österreichischen, sondern österreichisch-ungarische Gerichte.[14])

§ 38. Die Gerichtspersonen.

I. Das Gericht muß mit physischen Personen besetzt sein, unter welche die Gesamtheit der gerichtlichen Funktionen aufgeteilt ist; diese Personen nennen wir die gerichtlichen Personen. Als solche erscheinen die Richter (einschließlich der Hilfsrichter, Laienrichter, Beisitzer) und das Kanzleipersonal (einschließlich der Vollstreckungsorgane).

Bei der Aufteilung der Gerichtsfunktionen unter diese zwei Klassen

---

[8]) Menzel, Arbeiterversicherung S. 160, 386; Mataja, Gewerberecht S. 122 ff.; Horten S. 75 ff.; Wurzel in Jur. Bl. 1902 Nr. 14 ff.

[9]) A. M. Menzel S. 161 für jene der Krankenkassen.

[10]) v. Beck, Das neue österr. Patentrecht S. 62 ff.; E. Adler in Grünhuts Zeitschr. XXVII. S. 688 ff.

[11]) A. M. v. Beck a. a. O.

[12]) Siehe die näheren Vorschriften in der „Sammlung der Gesetze und Verordnungen, betreffend den See- und Hafendienst" (1885) III. S. 541 ff.

[13]) Strisower, Konsulargerichtsbarkeit (im Österr. Staatswörterbuch II. S. 408 ff.).

[14]) A. M. Neumann, Komm. I. S. 1105; Fraus (für Ehesachen) in G. Z. 1901 S. 109.

von Personen kämpfen zwei Systeme um die Herrschaft, das gemeinrechtliche und das französische.[1]) Das erstere betraut nur den Richter mit selbstständigen, das Kanzleipersonale nur mit unselbständigen Funktionen; nur der Richter hat demnach die Macht und die Verantwortung, die Kanzlei handelt nur kraft des konkreten richterlichen Auftrages. Das französische System geht vom Gedanken der Befreiung des Richters von allen Geschäften aus, welche nicht unmittelbar zur Entscheidung führen, und beschränkt um dieser Reinhaltung des Richteramtes willen den Richter auf die Entscheidungs- und Befehlsgewalt i. e. S.; seine übrigen Funktionen sind dem huissier (Gerichtsvollzieher) anvertraut, der selbständig und kraft eigener Amtsgewalt Prozeßbetrieb und Zwangsvollstreckung besorgt. Das gemeinrechtliche System war jenes des früheren österreichischen Rechtes[2]) (Gerichtsinstruktion vom 3. Mai 1853 Nr. 81); das französische kam über Hannover und Bayern dem Wesen nach in das deutsche Recht.[3]) Eine Rezeption des französischen Systems war in Österreich mit Rücksicht auf die Kulturverhältnisse mancher Provinzen nicht tunlich; das Bildungsniveau der für Kanzleiposten verfügbaren Personen wäre für eine selbständige Stellung derselben durchschnittlich nicht hoch genug gewesen. So begnügte man sich denn mit einer Fortbildung des gemeinrechtlichen Systems.

Das Gericht besteht darnach notwendigerweise aus dem Richter und der Gerichtskanzlei (§ 16 J. N.; § 49 G. O. G.). Alle Gerichtsgeschäfte fallen dem Richter zu, welche nicht der Gerichtskanzlei zur selbständigen Bearbeitung expresse zugewiesen sind (§ 16 J. N.); für die dem Richter zufallenden Geschäfte ist die Gerichtskanzlei nach wie vor dessen unselbstständiges, an die konkrete richterliche Anweisung gebundenes Organ (§ 61 G. O. G.). Nur in taxativ aufgezählten Fällen also handelt die Gerichtskanzlei kraft ihrer eigenen Amtsgewalt (§§ 54 ff. G. O. G.; §§ 302 ff. G. O.); manche dieser Agenden darf auch der Richter nach seinem Ermessen an sich ziehen, und bei keiner derselben ist ihre Gültigkeit dadurch tangiert, daß sie der Richter selbst vornimmt.

Die Teilung der Geschäfte zwischen dem Richter und der Gerichtskanzlei ist rein positivrechtlicher Natur; wenn man ganz allgemein sagt, daß die leichteren und mechanischeren Agenden der Kanzlei, die schwereren dem Richter zugeteilt sind, so hat man den Grundgedanken für das positive Recht gefunden. Dagegen kann von einer Teilung nach den Gerichtsgewalten keine Rede sein; auch die Gerichtskanzlei kann in die Lage kommen, jede Art der Gerichtsgewalt auszuüben (siehe z. B. § 347 Z. P. O.).

II. Anhang. Nicht zu den Gerichtspersonen gehören die Sachverständigen einschließlich[4]) der Dolmetsche.

---

[1]) Wetzell § 36; R. Schmidt S. 76 f.

[2]) v. Canstein, Lehrbuch I. S. 157 ff.; Ullmann, Lehrbuch S. 24 ff.

[3]) Wach I. S. 317 ff.; Planck I. S. 133 ff.; R. Schmidt S. 162 ff.

[4]) A. M. Pfaff-Schey Nr. 983.

§ 39. Der Richter.[1])

I. Richterliche Beamte sind die zur Ausübung der Rechtspflegefunktionen bestellten Gerichtspersonen. Richter sind die mit der Entscheidungsgewalt — in Österreich immer auch mit der Befehlsgewalt i. e. S. — bekleideten richterlichen Beamten; damit ist nicht abgelehnt, daß ihnen auch die anderen Gerichtsgewalten zustehen können. Durch die Richter übt das Gericht die Rechtspflege, insbesondere seine Entscheidungsgewalt, also mit dem üblichen Ausdrucke: die Rechtsprechung. Die Gewalt zur Rechtsprechung ist eine der drei großen Staatsgewalten (Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtsprechung); sie soll unabhängig vom Publikum wie von den anderen zwei Gewalten ausgeübt werden: das Gericht soll unabhängig sein (siehe § 34 II). Allein die Unabhängigkeit des Gerichtes ist ohne jene der Richter nicht denkbar, und so bedarf der Richter besonderer Arbeitsbedingungen, unter denen allein von ihm eine unbefangene tatsächliche und rechtliche Prüfung der ihm vorliegenden Rechtsfälle erwartet werden kann, Bedingungen, wie sie anderen richterlichen, gerichtlichen und anderen Staatsbeamten nicht zugestanden zu werden brauchen. Ist hienach die Rechtsstellung des Richteramtes vor anderen Amtsstellungen ausgezeichnet, so muß wieder dafür gesorgt werden, daß nur besonders qualifizierte Personen zu dieser mächtigen, unabhängigen und verantwortungsvollen Stellung gelangen; der Staat, der den Richtern diese Stellung anweist, muß dem rechtsuchenden Publikum auch in den Personen der Richter die Gewähr einer guten Rechtsprechung ebenso geben als durch die Anordnung eines guten Verfahrens: men at measures muß es hier heißen. Österreich hat sich diesen Anforderungen unterzogen. Leider aber hat es neben den rechtsgelehrten Richtern und Hilfsrichtern[2]) noch Laienrichter zugelassen, welche in ihrer Vorbildung und in ihrer Unabhängigkeit erheblich hinter den entwickelten Anforderungen zurückbleiben müssen, so daß der Staat zu einer bedenklichen Abschwächung der Garantien einer richtigen und unabhängigen Rechtsprechung bei den Laienrichtern gelangt ist.

II. Die gelehrten Richter. Nur sie nennt das Gesetz „Richter" (§ 2 G. O. G.); die Laienrichter heißen „fachmännische Laienrichter" (§ 7 J. N.), „Beisitzer" (§ 7 Gew. Ger. Ges.), „Schiedsrichter" (Artikel XVI Einf. Ges. zur Z. P. O.), „Mitglieder" (Art. V des Staatsgrundges. vom 21. Dezember 1867 Nr. 143), wenn sie nicht ein besoldetes Amt bekleiden, nach dem sie (beim Obersthofmarschallamt, den Patentgerichten, dem Prisengerichte) genannt werden. Schon in dieser Terminologie wird der Unterschied zwischen den zwei Richterklassen merkbar. Aber das Gesetz macht auch unter den Richtern noch einen Unterschied. „Richter" im

---

[1]) v. Schrutka, Die Stellung des Richters nach heutigem österreichischen Rechte (Rektoratsrede) 1900; v. Canstein S. 29 ff.; Ulbrich, Österr. Staatsrecht S. 101 ff.; Jellinek, Allgem. Staatslehre I. S. 541; Wach I. S. 333 ff.; Planck I. S. 111 ff.; R. Schmidt S. 169 ff.

[2]) Es gibt nur rechtsgelehrte Hilfsrichter.

gesetzlichen Sinne sind nämlich nur: die Präsidenten und Vizepräsidenten der ordentlichen Gerichte, die Räte und Bezirksrichter, endlich jene Gerichtssekretäre und Gerichtsadjunkten, denen expresse das Stimmrecht (die Befugnis eines Einzelrichters) verliehen ist (§ 2 G. O. G.). Die Aufzählung ist eine taxative; alle anderen richterlichen Beamten sind Hilfsrichter, die im Vorbereitungsdienste befindlichen Rechtspraktikanten sind keine Beamten (§ 3 G. O. G.).

a) Erfordernisse zur Erlangung des Richteramtes: die österreichische Staatsbürgerschaft (Art. III des Ges. vom 21. Dezember 1867 Nr. 142); männliches Geschlecht; das vollendete 24. Lebensjahr;[3]) untadelhaftes sittliches und politisches Verhalten (§ 2 Ger. Instr.); der Bewerber darf nicht zu einer mindestens sechsmonatlichen Freiheitsstrafe oder wegen eines aus Gewinnsucht entstandenen oder der öffentlichen Sittlichkeit zuwiderlaufenden Deliktes oder wegen eines Verbrechens überhaupt verurteilt, er darf nicht wegen eines gesetz- oder pflichtwidrigen Benehmens bereits einmal aus dem Staatsdienste entlassen (§ 3 Ger. Instr.), darf nicht gerichtlich als ein Verschwender erklärt, auch nicht noch Gemeinschuldner sein, es stehe denn seine Schuldlosigkeit in diesem Falle fest[4]) (§ 19 G. O. G.; § 4 Ger. Instr.). Das sind die allgemeinen Erfordernisse zur Bekleidung eines besoldeten Staatsamtes. Die besonderen Erfordernisse für das Richteramt beziehen sich auf die Vorbildung des Kandidaten, die eine allgemeine und fachliche sein muß; sie umfassen Universitätsstudium und Vorbereitungsdienst. Es sind folgende: Absolvierung der rechts- und staatswissenschaftlichen Studien; Ablegung der drei theoretischen Staatsprüfungen; ein dreijähriger, wesentlich Unterrichtszwecken dienender Vorbereitungsdienst bei Gericht und Staatsanwaltschaft (allenfalls auch durch sechs Monate hievon bei einem Advokaten oder der Finanzprokuratur),[5]) während dessen auch durch „Übungen" auf die Fortsetzung der wissenschaftlichen Ausbildung des Kandidaten hinzuwirken ist (§§ 5, 6, 10 G. O. G.); Ablegung der Richteramtsprüfung (§ 4 G. O. G.). Der Vorbereitungsdienst und die Richteramtsprüfung werden durch die abgelegte Advokaturprüfung ersetzt (§ 4 G. O. G.), obwohl diese jetzt leichter ist als jene. Kandidaten, welche alle hier genannten Erfordernisse erfüllen, kann die Ausübung des Richteramtes gewissenhafterweise anvertraut werden.

b) Erfordernisse zur Erlangung eines bestimmten Richteramtes. Hat ein Kandidat alle Erfordernisse zur Erlangung des Amtes, so hat er doch keinen Anspruch auf dasselbe;[6]) es behält sich vielmehr der Staat berechtigterweise die Auswahl unter den Bewerbern vor. Darum bedarf es der Ernennung des Bewerbers, die übrigens wider seinen Willen

[3]) Nach dem vollendeten 40. Jahre bedarf es der kaiserlichen Nachsicht (Hofd. vom 14. Februar 1834, J. G. S. Nr. 2642).

[4]) Schauer, G. O. G. (1. Aufl.) S. 772 eliminiert diesen Passus.

[5]) Über die Details siehe § 19 der Vdg. vom 15. August 1897 Nr. 192; § 11 G. O. G.

[6]) Samml. Hye IV. Nr. 165, VI. Nr. 255.

nicht, und die auch nicht für eine vom Bewerber nicht verlangte, bestimmte Stelle erfolgen darf. Zunächst wird der Bewerber — de facto, wenn auch nicht de iure[7]) — nur zum Hilfsrichter (richterlichen Hilfsbeamten) ernannt. Aber auch als solcher hat er dann keinen Anspruch auf die Ernennung zum Richter. Auch da behält sich der Staat die Auswahl vor; auch hier gilt freilich, daß der Bewerber wider seinen Willen nicht und auch nicht auf eine bestimmte Stelle ernannt werden darf — ein Grundsatz, in welchem schon ein Stück richterlicher Unabhängigkeit steckt. Die Ernennung zum Richter erfolgt stets für eine bestimmte Stelle (arg. § 3 G. O. G.), entweder durch die Ernennung zum Rate (oder in einen höheren Rang) oder durch die ausdrückliche Verleihung des Stimmrechtes, beziehungsweise der Befugnis des Einzelrichters (§§ 25, 30 G. O. G.). Nun erst hat der Ernannte das Recht und die Pflicht zur Ausübung des vollen Richteramtes an dieser Stelle, somit auch zur sorgfältigen und schleunigen Bearbeitung der ihm nach der Geschäftsverteilung zufallenden Agenden (§§ 82 ff. G. O.).

c) Unbefangenheit des Richters. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß diese Mischung der Erfordernisse (gesetzliche Voraussetzungen; innerhalb des Kreises der Qualifizierten die freie Auswahl des Staates) den Staatsbedürfnissen am besten Rechnung trägt.[8]) Damit ist aber noch nicht gesagt, daß für jeden einzelnen Geschäftsfall schon am besten gesorgt sei. Nur die Fähigkeit des Richters in abstracto ist dadurch angenommen, daß man ihn für diese Stelle ernannte und ihn bei der Geschäftsverteilung mit Agenden dieser Art betraute;[9]) aber seine Unbefangenheit ist hier noch nicht ermittelt. Diese, also seine Unabhängigkeit gegenüber beiden Parteien, seine Fähigkeit, das Richteramt gerade in concreto gerecht zu verwalten, kann ja auch nur für den konkreten Fall ermittelt werden; denn erst hiebei weiß man, wem der Richter Recht zu sprechen haben wird. Ergibt die nun vorgenommene Prüfung, daß von diesem Richter in concreto eine unbefangene Rechtsprechung nicht oder nicht bestimmt erwartet werden kann, so ist er für diesen Fall abgelehnt.

Die Ablehnung des Richters[10]) ist die Erklärung, daß er in der bestimmten Rechtssache das Richteramt nicht ausüben dürfe (§§ 19 ff. J. N.); sie beruht entweder auf dem Vorhandensein eines Ausschließungs- oder auf jenem eines Befangenheitsgrundes[11]) (§ 19 J. N.). Beiden ist gemeinsam, daß sie auch von Amts wegen wahrgenommen werden müssen[12])

[7]) Sofortige Ernennungen zum Richter kommen vor, z. B. bei der Übernahme von Bewerbern aus der Advokatur.

[8]) Damit ist nicht gesagt, daß der Staat das Recht auf die Vorrückung auch seinem Ermessen vorbehalten sollte.

[9]) Die frühere Gerichtsinstruktion vermochte wegen ihres Grundsatzes der stückweisen Geschäftszuteilung noch weiter nach der Fähigkeit zu differenzieren.

[10]) Ullmann S. 10 f.; Horten S. 127 ff.; v. Schrutka, Umgestaltung S. 27 ff.

[11]) Eine andere Terminologie haben die §§ 67 ff. Str. P. O.: sie stellen Ausschließung und Ablehnung nebeneinander; Neumann, Komm. I. S. 1128 will diese Terminologie für die Jurisdiktionsnorm beibehalten.

[12]) A. M. Neumann, Komm. I. S. 1128; allerdings hat hier das Gerichtsorganisationsgesetz die Juris-

(§ 22 G. O. G.), und daß jede, nicht nur die benachteiligte Prozeßpartei[13]) sie geltend machen darf; sind sie (von Amts wegen oder von einer Partei) geltend gemacht worden, so haben sie auch die gleiche Wirkung: der abgelehnte Richter darf bis zur rechtskräftigen Erledigung des Ablehnungsverfahrens nur solche Handlungen ohne Rücksicht auf den Gang des Ablehnungsverfahrens gültig[14]) vornehmen, welche keinen Aufschub gestatten (§ 25 Abs. 1 J. N.); ist der Richter mit Erfolg abgelehnt,[15]) so darf er auch diese Handlungen nicht mehr vornehmen, sondern es ist für die betreffende Rechtssache ein anderer Richter zu bestellen (§ 25 J. N.; § 28 G. O. G.; § 129 G. O.).

Aber sonst geht die Bedeutung der Ausschließungs- und der Befangenheitsgründe auseinander. Jene, als die wichtigeren, sind taxativ aufgezählt und unverzichtbar[16]) (§ 477 Z. 1 Z. P. O.); sie dürfen jederzeit geltend gemacht werden, und es bildet einen Nichtigkeitsgrund, ja selbst den Klagegrund für eine Nichtigkeitsklage, wenn der ausgeschlossene Richter an der Entscheidung teilnahm,[17]) letzteres freilich nur, wenn die Partei nicht imstande war, den Ausschließungsgrund im früheren Verfahren geltend zu machen, oder wenn sie es nicht schon erfolglos getan hat (§ 529 Z. P. O.). Diese (die Befangenheitsgründe), im Gesetze nicht taxativ, sondern durch die Wendung bezeichnet, es müsse „ein zureichender Grund" vorliegen, die Unbefangenheit des betreffenden Richters „in Zweifel zu ziehen",[18]) sind verzichtbar und verschweigbar. Ihre Verschweigung tritt dadurch ein, daß die Partei sich (z. B. durch die Klagerhebung)[19]) bei dem ihr bekannten, abzulehnenden Richter, „ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat" (§ 21 J. N.); konsequenterweise muß man annehmen, daß auch der Richter nach dieser Einlassung der Partei nicht mehr berechtigt ist, seine Befangenheit (sie sei denn erst später entstanden) geltend zu machen,[20]) wenn er schon seines Amtes gehandelt hat. Die Befangenheit als solche ist auch kein Nichtigkeitsgrund, sondern nur die Teilnahme des mit Erfolg wegen seiner

---

diktionsnorm abgeändert; richtig Demelius S. 27 f.

[13]) Für diese auch der Nebenintervenient, für sich nur jener des § 20 Z. P. O. (Horten S. 134; a. M. Skedl I. S. 394).

[14]) A. M. Horten S. 143 f.: die erfolgreiche Ablehnung vernichte auch den Rechtsbestand dieser Handlungen; aber § 25 J. N. läßt keinen Zweifel.

[15]) Gegen den die Ablehnung als gerechtfertigt anerkennenden Beschluß gibt es kein Rechtsmittel; § 24 J. N.

[16]) Spr. Rep. Nr. 171.

[17]) S. 123. — Nahm er am Verfahren teil, so liegt somit keine Nichtigkeit, sondern ein unverzichtbarer Formmangel vor (a. M. Neumann, Komm. I. S. 903, dem Anscheine nach auch Demelius S. 534); der Grund hiefür liegt im § 412 Z. P. O.

[18]) Z. B. weil der Richter als Zeuge zu vernehmen, editionspflichtiger Urkundenbesitzer, Verwandter eines Parteivertreters ist; a. M. Spr. Rep. Nr. 171 wegen des Wortes „Person" im § 20 Z. 2 J. N. (aber „Sachen von Personen" sind deren Sachen und nicht jene ihrer Vertreter; wie Text Wach I. S. 288; Gaupp-Stein I. S. 118); Z. E. Nr. 178 unter irriger Berufung auf § 39 Z. P. O. Dienstliche Unterordnung ist der Regel nach kein Befangenheitsgrund; zu allgemein Z. E. Nr. 263.

[19]) A. M. Horten S. 135.

[20]) § 22 G. O. G. regelt diesen Fall nicht.

Befangenheit abgelehnten Richters an der Entscheidung ist ein solcher (§ 477 Z. 1 Z. P. O.); die Nichtigkeitsklage kann nicht einmal hierauf gestützt werden (§ 529 Z. 1 Z. P. O.).

Die Ausschließungsgründe sind taxativ: 1. materielles Interesse des Richters am Prozeßausgange, weil er Prozeßpartei,[21]) Nebenintervenient,[22]) Beteiligter, weil er Mitberechtigter, Mitverpflichteter oder Regreßpflichtiger einer dieser Personen ist (daß dem Richter der Streit verkündet wurde, fällt nicht hieher); 2. verwandtschaftliches, schwägerschaftliches oder pflegschaftliches Interesse des Richters am Prozeßausgange, weil seine (wenn auch gerichtlich geschiedene, aber nicht getrennte) Ehefrau, seine Verwandten oder Verschwägerten in gerader Linie, seine Verwandten in der Seitenlinie bis zum vierten, seine Verschwägerten[23]) bis zum zweiten Grade, seine Wahl- oder Pflegeeltern und -Kinder, seine Mündel und sonstigen Pflegebefohlenen Prozeßpartei,[24]) Beteiligte oder Nebenintervenienten sind; 3. Mandatsverhältnis des Richters, weil er in dieser Rechtssache in oder außerhalb des Prozesses der Bevollmächtigte der Partei, des Beteiligten oder des Nebenintervenienten war oder ist; 4. präjudizierendes Verhalten des Richters höherer Instanz, weil er in der unteren Instanz an der Erlassung der angefochtenen Entscheidung teilnahm oder dieselbe erließ (§ 20 J. N.), oder weil die Nichtigkeitsklage des § 529 Z. 1 Z. P. O. oder die Wiederaufnahmsklage des § 530 Z. 4 Z. P. O. wegen der Beteiligung oder des Verhaltens dieses Richters erhoben ist[25]) (§ 537 Z. P. O.).

d) Die Garantien der richterlichen Unabhängigkeit sind gegenüber dem Publikum in der Ernennung der Richter durch den Staat und in ihrer fixen Besoldung (im Gegensatze zu der in früheren Zeiten üblichen durch Sportel) gelegen. Der Staatsverwaltung gegenüber ist die

---

[21]) Z. B. persönlich haftender Gesellschafter der klagenden offenen Handelsgesellschaft, Aktionär im Prozesse nach Art. 226 H. G.; dagegen ist der Aktionär in Prozessen der Aktiengesellschaft gegen Dritte nicht Partei.

[22]) Schauer, Z. P. O. S. 85; teilweise a. M. Horten S. 130.

[23]) Der Ausschließungsgrund der Schwägerschaft bleibt bestehen, auch wenn die Ehe durch Tod, nicht auch dann, wenn sie durch ein gerichtliches Trennungserkenntnis aufgelöst wurde; allgemein bejahen Schauer, Z. P. O. S. 85; Neumann, Komm. I. S. 1129.

[24]) Nicht auch der gesetzliche Vertreter oder Bevollmächtigte einer solchen; das sind allenfalls Befangenheitsgründe. Siehe Anm. 18.

[25]) Das Ablehnungsverfahren ist möglichst einfach geordnet, weil es bis auf unaufschiebbare Handlungen den Prozeß unterbrechen muß, soll es seinen Zweck nicht verfehlen; darum hat das G. O. G. § 28 das Verfahren der Jurisdiktionsnorm noch vereinfacht. Wird der Ablehnung eines Einzelrichters beim Bezirksgerichte vom Vorstande Folge gegeben, so bestellt dieser den Ersatzmann; wird der Bezirksrichter selbst mit Erfolg abgelehnt, so bestellt ihn der Präsident des übergeordneten Gerichtshofes (§ 28 G. O. G.); wird der Richter eines Gerichtshofes abgelehnt, so entscheidet der Gerichtshof, und im Falle seiner Beschlußunfähigkeit der übergeordnete Gerichtshof über die Ablehnung (§ 23 J. N.). Vor der Entscheidung findet nie eine mündliche Verhandlung statt; die Entscheidung erfolgt mit Beschluß (§ 24 J. N.); nur bei Abweisung der Ablehnung ist wider dieselbe der Rekurs zulässig (§ 24 Abs. 2 J. N.).

richterliche Unabhängigkeit durch die den Richterbeamten gewährte Rechtsstellung, nämlich durch folgende staatsgrundgesetzliche Normen festgestellt: Ernennung auf Lebenszeit, Ablegung des Diensteides, fixe Besoldung, Unversetzbarkeit[26]) und Unabsetzbarkeit, es sei denn mit ihrem Willen oder durch das Erkenntnis des selbst aus (höheren) Richtern bestehenden Disziplinargerichtes[27]) oder wegen Veränderungen der Gerichtsorganisation oder wegen eines zwischen zwei Richtern desselben Gerichtes entstehenden Schwägerschaftsverhältnisses einschließlich des dritten Grades; Befugnis zur Prüfung der ordnungsmäßigen Kundmachung der Gesetze[28]) und der Gültigkeit aller Verordnungen (Gesetz vom 21. Dezember 1867 Nr. 144, Art. VII; Gesetz vom 21. Mai 1868 Nr. 46; § 91 G. O. G.), zu denen die sogenannten Notverordnungen jedoch nicht gezählt werden können. Ein Recht auf die Vorrückung im Gehalte besteht nur in geringem Maße, ein solches auf die Vorrückung im Amte[29]) gar nicht.

Die Gesamtheit der sub a—d entwickelten Normen gewährleistet trotz einzelner Lücken die Bildung eines kulturell hochstehenden, seiner Aufgabe gewachsenen Richterstandes. Über die Haftung für dennoch bei der Handhabung der Zivilrechtspflege entstehende Schäden siehe V.

III. Richterliche Hilfsbeamte[30]) sind die Auskultanten und die nicht mit Stimmrecht (der Befugnis des Einzelrichters) ausgestatteten Gerichtsadjunkten und Gerichtssekretäre. Die Voraussetzungen zur Erlangung ihrer Stellung sind dieselben wie jene für das Richteramt; nur brauchen sie das 24. Lebensjahr nicht vollendet zu haben und bei Dienstantritt können sie die Richteramtsprüfung nicht abgelegt haben. Sie sind auf Lebenszeit ernannt, aber im administrativen Wege (also ohne ein Erkenntnis des Disziplinargerichtes) an eine gleichartige Stelle oder in den Ruhestand versetzbar (§§ 48, 55 des Ges. vom 21. Mai 1868 Nr. 46); in den anderen Richtungen haben sie die Stellung der Richter. Ihre Funktionen sind beschränkt; sie dürfen wohl prozeßleitende Verfügungen,[31]) aber keine Entscheidungen erlassen (§ 3 G. O. G.), sondern nur solche vorbereiten (§ 196 G. O.); sie dürfen als Schriftführer fungieren, ferner (wenn sie nicht Auskultanten sind) die Geschäfte des beauftragten oder ersuchten Richters ohne Entscheidungsgewalt führen[32]) (§ 3 G. O. G.).

IV. Laienrichter[33]) sind Personen, welche mit der Entscheidungs-

[26]) Auch auf eine höhere Stelle.

[27]) Wegen Dienstesvergehen (z. B. Verletzung des Amtsgeheimnisses, unerlaubter Entfernung vom Amte), körperlicher oder geistiger Gebrechen, oder weil das Verbleiben des Richters auf seinem Dienstposten der Rechtspflege zum Abbruche gereichen würde; im letzteren Falle darf nur die Versetzung stattfinden (Gesetz vom 21. Dezember 1868 Nr. 46).

[28]) Tezner, Die Kundmachung von Gesetzen (Jur. Bl. 1877 Nr. 4 ff.).

[29]) v. Schrutka, Die Stellung des Richters S. 73; Friedmann, Gutachten S. 150 ff.; Neumann, Über die Reform des Richterstandes (Jur. Bl. 1894 Nr. 23) verlangen ein solches.

[30]) Friedmann a. a. O. S. 144 ff.; Horten S. 106 ff.

[31]) Horten S. 106; a. M. O. L. in seinem seltsamen Aufsatze „Über die Stellung der Gerichtsadjunkten" (Jur. Bl. 1900 S. 529 ff.).

[32]) Weiter geht Schauer ad § 3 G. O. G. Anm. 5.

[33]) R. Schmidt S. 92 f.; Jhering, Geist des römischen Rechtes II. S. 312 ff.; R. Pollak, Laien in der Zivilrechts-

und Befehlsgewalt i. e. S. betraut sind, ohne daß von ihnen Rechtskenntnisse verlangt würden. Sie gehören dem Gerichte entweder kraft ihres Amtes an (so beim Oberstthofmarschallamte, dem Prisengerichte), oder sie werden zur Richterstellung ernannt (so beim Patentgerichtshofe, die fachmännischen Laienrichter beim Handelsgerichte) oder gewählt (so die Beisitzer der Gewerbegerichte, die Schiedsrichter der Börsenschiedsgerichte). Gemeinsam ist ihnen allen das Erfordernis der österreichischen Staatsbürgerschaft, des männlichen Geschlechtes, der Volljährigkeit (bisweilen ein noch höheres Alter; siehe § 9 Gew. Ger. Ges.) und der Unbescholtenheit; die anderen Erfordernisse wechseln[34]) (siehe § 37). Die fachmännischen Laienrichter, die Beisitzer und Schiedsrichter bekleiden ihr Amt nicht lebenslang, sondern für Ernennungs- (§ 20 G. O. G.) oder Wahlperioden; jene und die Mitglieder des Patentgerichtshofes (§ 41 Pat. Ges.) unterstehen dem Disziplinargesetze für Richter[35]) (§ 21 G. O. G.), die Beisitzer der Disziplinargewalt ihres Vorsitzenden oder des vorgesetzten Gerichtes (§ 16 Gew. Ger. Ges.; § 38 des Ges. vom 28. Dezember 1887 Nr. 1 ex 1888; § 9 der Vdg. vom 10. April 1889 Nr. 47); für die Schiedsrichter der Börsenschiedsgerichte fehlt es an gesetzlichen Normen. Die Ablehnung fachmännischer Laienrichter beruht auf §§ 19 ff. J. N. (§ 21 G. O. G.; siehe oben II c), jene der Beisitzer der Gewerbegerichte auf § 19 Gew. Ger. Ges., jene der Schiedsrichter der Börsenschiedsgerichte auf ihren Statuten (Art. XVIII, XXIII Z. 6 Einf. Ges. zur Z. P. O.), jene der Schiedsrichter der Unfallversicherungsschiedsgerichte auf § 10 der Vdg. vom 10. April 1889 Nr. 47, jene der Beisitzer der Bruderladen auf § 20 des Ges. vom 17. Jänner 1890 Nr. 14 und dem Ges. vom 17. September 1892 Nr. 178. So herrscht denn auch hier, wie bei der Organisation der Sondergerichte, eine ungewöhnliche, durchaus nicht immer gerechtfertigte[36]) Mannigfaltigkeit der Einrichtungen.

Bedenklicher als diese Mannigfaltigkeit ist allerdings die Zuziehung von Laien zur Rechtsprechung in Zivilsachen überhaupt, wenn sie nicht wie beim Oberstthofmarschallamte, den Patentgerichten durch exzeptionelle Verhältnisse gerechtfertigt ist. Freilich waren Laien Richter, bevor es Juristen waren; aber das ist kein Argument für unsere Zeit. Auch daß die österreichischen Wechselgerichte, als sie unter Karl VI. errichtet wurden, im wesentlichen mit Kaufleuten besetzt wurden, kann heute nicht mehr verwertet werden. Für die Jetztzeit gilt vielmehr folgendes: im allgemeinen fehlt dem Laien notwendigerweise sowohl die Unabhängigkeit dem Publikum gegenüber als auch die nur durch die juristische Schulung

---

pflege (Jur. Bl. 1894 Nr. 51 f.), „Friedensgerichte" im Österr. Staatswörterbuch I. S. 551 ff.

[34]) Nicht einmal besondere Fachkenntnisse werden immer gefordert.

[35]) Darum ist auch ihr außeramtliches Verhalten (wofür mit gutem Grund Friedmann in dem Gutachten über die im Entwurfe eines Ger. Verf. Ges. geplante Reform des Richterstandes S. 48 Anm. 34) von Einfluß auf die Beibehaltung des Amtes während der Amtsperiode; siehe dagegen § 2 Abs. 2 des Ges. vom 21. Mai 1868 Nr. 46.

[36]) Z. B. nicht bei den Ablehnungsgründen.

und Übung erreichbare Fähigkeit, juristisch Relevantes von Irrelevantem zu scheiden, eine Fähigkeit also, welche die unerläßliche Voraussetzung guter Rechtsprechung ist. Was der Laie statt dessen bestenfalls mitbringt, ist — durchaus nicht immer, da es sich nicht immer um seine Branche handelt — Geschäfts-, Fachkenntnis; diese kann aber nicht nur keinen Ersatz für die Fähigkeit zur Rechtsprechung bieten, sondern sie ist auch verwertbar, ohne daß man den Laien zum Richter macht: durch seine Heranziehung als Sachverständigen. So stellt sich die Heranziehung von Laien zur Rechtsprechung als eine bedenkliche Konzession an Standesinteressen und Tagesströmungen heraus, deren Gefahren nur dort gemindert erscheinen, wo die Laien von vorneherein im Gerichte in der Minderheit sind. Es ist ganz konsequent, daß der Staat eine Haftung für die Rechtsprechung dieser richterlichen Personen ablehnt (§ 4 des Ges. vom 12. Juli 1872 Nr. 112).

V. Syndikatshaftung.[37]) Unschuldig Verurteilte oder ungerechtfertigt Abgewiesene werden in Zivilprozeßsachen grundsätzlich nicht entschädigt. Der Staat richtet den Zivilprozeß derart ein, daß Gerechtigkeit erwartet werden kann: schlägt diese Erwartung im einzelnen Falle fehl, so nimmt er das in den Kauf, und das muß auch die betroffene Partei tun: die Rechtskraft der Entscheidung muß deren etwaige Schwächen decken. Anders liegt aber der Fall dann, wenn der Schaden einer Partei durch die Verletzung der Amtspflicht zustieß, also durch das schuldbare Zuwiderhandeln eines Rechtspflegeorganes gegen seine Amtspflicht. Zunächst haftet hiefür dieses Organ,[38]) dann aber „als Bürge und Zahler" neben ihm der Staat[39]) unter der Voraussetzung, daß der Schade durch „die in dem gerichtlichen Verfahren vorgezeichneten Rechtsmittel"[40]) nicht abwendbar war und daß schuldtragend ein rechtsgelehrter Richter, Hilfsrichter[41]) oder fachmännischer Beisitzer der Handels-, See- und Berggerichte und Senate ist. Der Schadenersatzanspruch ist jetzt nicht mehr im administrativen Wege, sondern mit Klage geltend zu machen; der Beamte[42]) oder der Staat dürfen allein[43]) oder solidarisch belangt werden; gegen den Beamten muß dann der Kläger den Beweis der Amtspflichtverletzung erbringen, gegen den

[37]) Krainz II. S. 338 ff.; v. Canstein S. 51 ff.; Pfaff, Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstückes S. 72 ff.

[38]) Auch wenn es ein Laienrichter ist.

[39]) Diese Staatshaftung ist schon im Hofd. vom 29. Jänner 1838 Z. 7531 (in die Justizgesetzessammlung nicht aufgenommen) ausgesprochen. Siehe §§ 265, 1341 a. b. G. B.

[40]) Dazu gehört außer den Rechtsmitteln i. e. S. auch die Nichtigkeits- und die Wiederaufnahmsklage, nicht aber sonstige Rechtsbehelfe; Pfaff-Schey Nr. 824; a. M. Pfaff-Schey Nr. 528 auf Grund einer Verwechslung von Rechtsbehelf und Rechtsmitteln.

[41]) Oder ein Vollstreckungsbeamter (Art. XII Einf. Ges. zur J. N.), ein sonstiger Gerichts-Staatsbeamter oder ein Gerichtskommissär, Gerichtsdiener oder sonst mit Amtshandlungen mit Depositen- und Waisengeldern betrauter Staatsbeamter oder Staatsdiener (§ 4 Synd. Ges.).

[42]) Auch jener des Kollegialgerichtes in Zivilprozeßsachen; hiefür gilt § 3 Synd. Ges. nicht mehr. — Dem Beamten steht hier der Diener gleich.

[43]) Wird der Staat allein belangt, so darf er dem Beamten den Streit verkünden.

Staat allein[44]) nur den leichteren, daß der Schade nur durch eine Amtspflichtverletzung entstanden sein kann (Gesetz vom 12. Juli 1872 Nr. 112). Über die Zuständigkeit siehe § 53.

§ 40. Der Schriftführer.[1])

I. Die Urkundsgewalt des Gerichtes (siehe S. 210) geht in Italien bis in das 12. Jahrhundert zurück;[2]) jünger ist die Übertragung der Beurkundung an einen Beamten und die damit zusammenhängende publica fides der Beurkundung.[3]) Einen eigenen Schriftführerbeamten kennt das österreichische Recht nicht, wohl aber das Amt des Schriftführers, welches durch Hilfsrichter, Rechtspraktikanten und das Personal der Gerichtskanzlei, durch die beiden letzten Gruppen nach Ablegung eines entsprechenden Eides versehen wird (§§ 15, 16 J. N.).

Der Schriftführer ist eine Urkundsperson und nichts als das; nur der Sekretär der Börsenschiedsgerichte macht hievon eine Ausnahme (siehe S. 225). Von dieser abgesehen, beurkundet der Schriftführer nur, und zwar mit seiner Unterschrift gewisse Vorgänge als geschehen; er hat nicht die Gesetzmäßigkeit derselben, sondern ihre richtige Wiedergabe zu kontrollieren und zu bezeugen. Aus dieser Kontrollfunktion folgt schon, daß er nicht allein, sondern nur in Gemeinschaft mit anderen Personen tätig werden kann: er bedarf des Richters, um in Funktion sein zu können; andererseits folgt aus derselben Kontrollfunktion, daß der Schriftführer eine vom Richter verschiedene Person sein muß. Um kontrollieren und bezeugen zu können, muß der Schriftführer die beurkundeten Vorgänge selbst und ganz[4]) gesehen und gehört haben; bei Differenzen zwischen ihm und dem Richter über die Beurkundung muß ihm konsequenterweise das Recht zustehen, neben der ihm vom Richter aufgetragenen Beurkundung anmerkungsweise die seine beizusetzen.[5]) Dagegen ist es nicht erforderlich, daß der Schriftführer auch selbst die Urkunde geschrieben habe.

Der Schriftführer muß ebenso unbefangen als der Richter sein; die Ablehnungsgründe dieses gelten daher auch für jenen[6]) (§ 26 J. N.). Die Beurkundung macht „vollen Beweis" (§ 215 Z. P. O.), in der überwiegenden Regel vorbehaltlich des Gegenbeweises (§ 215 Abs. 2 Z. P. O.).

II. Die Zuziehung eines Schriftführers ist nicht allgemein,[7]) sondern nur für folgende Fälle vorgeschrieben: bei allen mündlichen Verhandlungen des Erkenntnisverfahrens (§§ 207, 213, 262, 418, 463 Z. P. O.),

---

[44]) Also nicht bei der Klage gegen beide.

[1]) Ullmann S. 9; Neumann, Komm. I. S. 1125 f.; Horten S. 121 ff.

[2]) R. Schmidt, Außergerichtliche Wahrnehmungen des Prozeßrichters S. 28.

[3]) Planck, Gerichtsverfahren im Mittelalter II. S. 196 ff.; Maurer, Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens S. 143 ff.

[4]) A. M. Horten S. 123.

[5]) A. M. Horten S. 123.

[6]) Nur ist das Ablehnungsverfahren noch etwas einfacher; siehe § 26 J. N.

[7]) A. M. Ullmann S. 9.

bei den Verhandlungen vor einem ersuchten und beauftragten Richter (§ 216 Z. P. O.), sinngemäß auch bei den Beratungen des Gerichtes (§ 14 J. N.; § 418 Z. P. O.; § 187 G. O.). In diesen Fällen gehört der Schriftführer also zur ordentlichen, wenn auch nicht zur „vorschriftsmäßigen" Besetzung des Gerichtes (arg. § 7 J. N.); sein Fehlen kann darum nach § 196 Z. P. O. gerügt werden, stellt aber keinen Nichtigkeitsgrund dar (§ 477 Z. 2 Z. P. O.). Die Unterschrift des Schriftführers wird auf den Protokollen und Urteilen gefordert (§§ 213, 418 Z. P. O.).

Fakultativ ist die Zuziehung eines Schriftführers bei den mündlichen Verhandlungen des Exekutionsverfahrens (§ 59 Abs. 2 E. O.), gegenstandslos ist sie bei jenen Protokollaraufnahmen, welche die Stelle eines Schriftsatzes vertreten (z. B. § 22 J. N.; §§ 65, 434 Z. P. O.; § 53 E. O.).

III. Anhang. Der Dolmetsch ist ein Sachverständiger, dessen beim Sachverständigenbeweise zu gedenken ist. Hier ist er nur deshalb zu nennen, weil auch er die Richtigkeit der Beurkundung zu prüfen hat.

§ 41. Die Gerichtskanzlei.[1])

I. Die Gerichtskanzlei ist bald ein Hilfsamt des Richters, bald hat sie eine selbständige Stellung (S. 226). Als Hilfsamt fungiert sie als Einlaufstelle, Kanzlei- und Schreibabteilung, Zustellungsabteilung und Registratur; sie übernimmt die einlangenden Akten, verteilt sie gemäß der ständigen Geschäftsverteilung unter die Richter, besorgt die Vorbereitung der Erledigung, die Schreibarbeiten, die Zustellungen und die Verwahrung der Akten (§ 16 J. N.; § 24 E. O.; §§ 49—61 G. O. G.; §§ 261, 284, 285, 296, 366, 386, 393 E. O.; §§ 302—393 G. O.). Sie kann zur Beschleunigung der Geschäfte auch zum Teile dezentralisiert werden. Bei jedem Gerichte muß zwar die Einlaufstelle und die Zustellungsabteilung für das ganze Gericht fungieren; die Kanzleiabteilungen aber dürfen und zweckmäßigerweise sollen sie den Gerichtsabteilungen korrespondierend dezentralisiert werden, so daß jede Gerichtsabteilung ihre Kanzleiabteilung hat. Selbständige Agenden der Gerichtskanzlei sind die Registerführung (§§ 217 ff. G. O.), die Führung des Geldbuches[2]) und bisweilen die Führung des Depositenwesens, ein erheblicher Teil der Geldmanipulation (§§ 104 ff. G. O.), ferner die in den §§ 129, 131, 313, 319—321 G. O. genannten Agenden, insbesondere der Exekutionsvollzug.[3])

---

[1]) Hergel, Die neue Geschäftsordnung der Gerichte, 1897; v. Rabe, Vergleichender Exkurs über die österr. Gerichtskanzlei und die deutsche Gerichtsschreiberei (G. Z. 1896 Nr. 35 f.).

[2]) Das Geldbuch ist nur zur Entgegennahme taxativ bestimmter Erläge legitimiert: §§ 68—70, 113 G. O.; J. M. E. vom 31. Dezember 1875 Z. 16893; J. M. E. vom 10. Februar 1876 Z. 1159; J. M. Vdg. vom 19. Oktober 1889 Z. 12218, J. M. Vdg. Bl. Nr. 50; J. M. Vdg. vom 19. Oktober 1897 Z. 22131, J. M. Vdg. Bl. Nr. 41. Erläge nach § 1425 a. b. G. B. gehören demnach nicht ins Geldbuch.

[3]) Für denselben bestehen hie und da eigene Vollstreckungsbeamte (§ 17 J. N.).

II. Die Gerichtskanzlei ist nicht mit Konzepts-, sondern mit Kanzleibeamten, überdies auch mit Personen besetzt,[4]) die keine Beamte sind.[5]) Die Erfordernisse zur Bekleidung des Amtes sind die allgemeinen Erfordernisse für ein besoldetes Staatsamt, ferner ein Vorbereitungsdienst und die Ablegung einer Kanzleiprüfung.[6]) Höhere Qualifikationen, insbesondere die Ablegung der Mittelschulstudien werden für die Vorsteher der Gerichtskanzlei und für die Vollstreckungsbeamten gefordert (§ 18 J. N.). Der Besitz aller dieser Erfordernisse gibt sowenig als bei Bewerbern um das Richteramt einen Anspruch auf die Ernennung.

Mit Rücksicht auf seine minder wichtigen Funktionen bedarf das Amt keiner besonderen Garantien seiner Unabhängigkeit; es hat sie darum auch nicht. Kanzlisten sind administrativ versetzbar und pensionierbar und unterliegen nicht dem richterlichen, sondern einem im wesentlichen administrativen Disziplinarverfahren; doch gelten für sie die Ablehnungsgründe der Richter (§ 26 J. N.), und es haftet der Staat für sie ex syndicatu[7]) (§ 4 des Ges. vom 12. Juli 1872 Nr. 112).

III. Gerichtliche, aber nicht bei Gericht angestellte Organe sind der Sachverständige, insbesondere der Dolmetsch und der Schätzmeister (§ 143 E. O.), der Ausrufer (§ 180 E. O.), die Postbediensteten, Gemeindevorsteher, Geschäftsführer ausgeschiedener Gutsgebiete als Zustellungsorgane (§ 88 Z. P. O.), Notare. Über ihre Ablehnung siehe § 27 J. N.

II. Teil: Die Zuständigkeitsordnung.

§ 42. Die Grundlagen.

I. Die Zuständigkeitsordnung (Jurisdiktionsnorm) ist der Inbegriff jener Normen, auf Grund welcher die Rechtssachen nach im vorhinein bestimmten Merkmalen den verschiedenen Gerichten zugewiesen werden; sie ist eine dauernde Geschäftsverteilung unter den Gerichtsanstalten, wenn dieselben nur eine Type von Gerichten umfassen, sonst eine Geschäftsverteilung unter diese. Einer Zuständigkeitsordnung bedarf der Staat sowohl gegenüber dem Auslande als auch im Inlande.

Gegenüber dem Auslande beruht dies auf folgenden Gründen: die Befehlsgewalt eines jeden Staates endet an seiner Grenze, desgleichen seine Entscheidungsgewalt; welche Macht immer ein Staat seinen Behörden zuspricht, an der Landesgrenze hat sie ein Ende. Das kann nur mit dem Einverständnisse des zweiten Staates anders werden; nur wenn dieser zustimmt, vermag die Handlung des inländischen Gerichtes im Auslande eine Wirkung zu üben. Diese Zustimmung ist aber niemals eine vorbehalts- und schrankenlose; vielmehr bestimmt jeder Staat (mehr oder minder)

---

[4]) Richterliche Hilfsbeamte sind allerdings auch in den Geschäften der Gerichtskanzlei zu unterweisen; § 8 der Vdg. vom 15. August 1897 Nr. 192.

[5]) Kanzleigehilfen, Diurnisten, Diener.

[6]) Sie wird durch den einjährigen richterlichen Vorbereitungsdienst ersetzt; § 50 G. O. G.

[7]) Im Art. XII Einf. Ges. zur J. N. für die Vollstreckungsbeamten wiederholt.

genau, inwieweit er den fremden Prozeß respektieren, ihm Hilfe (durch Zustellungen und Beweisaufnahmen) und Wirkung (durch die Anerkennung und Vollstreckung des Urteiles) gewähren will.

Im Inlande beruht die Notwendigkeit einer Jurisdiktionsnorm auf der nun regelmäßigen Mehrheit von Gerichtsanstalten in einem Staate; die Rechtsordnung und Rechtssicherheit erfordern nämlich, daß unter diese die Geschäfte nicht von Fall zu Fall durch die Justizverwaltung oder durch die Partei, sondern nach allgemein, typisch bestimmten Merkmalen durch das Gesetz verteilt werden. Auf Grund der historischen Entwicklung erfolgt diese Verteilung nach drei Merkmalen; darnach spricht man von sachlicher, örtlicher und funktioneller Zuständigkeit. Bisweilen faßt das Gesetz die sachliche und örtliche Zuständigkeit in einer Norm zusammen; das nennt man[1]) die individuelle Zuständigkeit.

II. a) Die sachliche Zuständigkeit eines Gerichtes (seine Gerichtsbarkeit)[2]) bestimmt sich nach der Qualität des dem Rechtsschutzanspruche (werde er nun durch Klage, Feststellungs-, Exekutions- oder Sicherungsantrag geltend gemacht) zugrunde liegenden Gegenstandes. Man kann nicht einfach sagen, der geltend gemachte (Privatrechts-) Anspruch bestimme die sachliche Zuständigkeit, weil auch Rechtsverhältnisse und rechtserhebliche Tatsachen für sie maßgebend sein können (§ 228 Z. P. O.); aber man darf den Angriffsgegenstand auch nicht mit dem Prozeßgegenstand identifizieren,[3]) weil der letztere auch die Verteidigung in sich begreifen kann; ebensowenig endlich fällt der Angriffs- (Klags-) Gegenstand notwendigerweise mit dem Sachantrage des Angreifers zusammen, so z. B. dann nicht, wenn nur ein Teil des Anspruches eingeklagt wird. Der Angriffsgegenstand ist somit der dem Antrage des Angreifers unmittelbar zugrunde liegende Gegenstand, in der Regel ein Anspruch, bisweilen ein Rechtsverhältnis, eine Tatsache. Was davon im einzelnen Falle für die Zuständigkeit maßgebend sei, sagen die einzelnen, in der Folge zu entwickelnden Normen. Ihre gemeinsame Grundlage ist nur die, daß jeder einzelne Angriffsgegenstand seine eigene, die eines anderen nicht attrahierende Zuständigkeit hat (§ 227 Z. P. O.), so daß eine objektive Klagenhäufung nur zulässig ist, wo für jeden der gehäuften Gegenstände die sachliche Zuständigkeit begründet ist. Hievon bestehen lediglich zwei Ausnahmen: „bestimmte Nebenforderungen",[4]) gleichzeitig mit der Hauptforderung geltend gemacht, richten sich nach der letzteren Zuständigkeit (§ 54 Abs. 2 J. N.); gehäufte Ansprüche werden zusammengerechnet, und die sachliche

[1]) Begriff und terminus stammen von Sperl in G. Z. 1900 S. 89 Anm. 10.

[2]) Über diesen terminus Sperl, Vereinbarung S. 2 Anm. 3; Renaud in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. V. S. 4; R. Pollak in Grünhuts Zeitschr. XVIII. S. 103. Das Gesetz verwendet ihn schwankend, begreift aber gewöhnlich die sachliche und die örtliche Zuständigkeit zusammen darunter; siehe die Überschriften zu den drei Teilen der Jurisdiktionsnorm, § 30 J. N., Art. III Einf. Ges. zur J. N.; aber auch Art. IX Einf. Ges. zur J. N.; §§ 28, 104 J. N.

[3]) A. M. Z. E. Nr. 235.

[4]) Es sind taxativ folgende: Zuwachs, Früchte, Zinsen, Schäden, Kosten (§ 54 J. N.); vergl. dagegen § 912 a. b. G. B.

Zuständigkeit richtet sich nach der Summe und nicht nach den Teilen (siehe § 54 II a).

Die sachliche Zuständigkeit kommt lediglich beim Erkenntnisverfahren sowohl in erster als auch in zweiter Instanz in Frage. Die Notwendigkeit ihrer Regelung beruht auf der Verschiedenheit der Gerichtstypen. Nicht nur, daß dieselben in ordentliche und Sondergerichte zerfallen, gibt es in der einen und in der anderen Klasse wieder mehrere Typen von Gerichtsanstalten (siehe S. 210 ff.), und jede Type ist bestimmt, für gewisse Anspruchsarten die beste Entscheidung zu gewährleisten; da müssen denn auch diese Anspruchsarten gerade dieser Type zugewiesen werden. Auf solchen Erwägungen beruht es, daß z. B. Lehensprozesse vor die Landes-, Wechselprozesse vor die Handels-, Mietprozesse vor die Bezirks-, Prozesse aus Börsegeschäften vor die Börsenschiedsgerichte gewiesen werden.

Natürlicherweise handelt es sich hiebei um Motive de lege ferenda. Ob im Gesetze wirklich immer für jede Anspruchstype die beste Gerichtstype ausgewählt wurde, ob überhaupt alle Gerichtstypen nützlich oder nötig sind, sind sehr bestrittene[5]) und bestreitbare Fragen, deren Lösung aber für die Anwendung des geltenden Rechtes gleichgültig ist.

b) Die örtliche Zuständigkeit eines Gerichtes bestimmt sich nach der Lage des Angriffsgegenstandes, der dem bei der Einleitung des Verfahrens[6]) (also in der Regel mit der Klage) erhobenen Rechtsschutzanspruche unmittelbar zugrunde liegt. Die Notwendigkeit ihrer Bestimmung ergibt sich daraus, daß jedem Gerichte ein Gebiet zugewiesen ist, innerhalb dessen es die Exekutionsgewalt hat (Sprengel), daß aber nur ausnahmsweise sich diese Sprengel mit dem Reichsgebiete decken (so beim obersten Gerichtshofe, dem Patentgerichtshofe), in der Regel kleiner als dieses sind. So entstehen nebeneinander gleichartige Gerichte. Diese Sprengel sind seit altersher für die Geschäftsverteilung unter gleichgearteten oder gleichwertigen Gerichten benutzt worden. Da aber ein Anspruch, ein Angriffsgegenstand überhaupt, als etwas Gedachtes keine „Lage" haben kann, so findet seine Lokalisierung nach einem der folgenden zwei Momente statt: entweder nach dem Wohnsitze des Beklagten und dessen Surrogaten oder nach einer örtlichen Beziehung des einzelnen[7]) Rechtsverhältnisses zum Gerichtssprengel (z. B. dem Erfüllungsorte der Obligation).

c) Die funktionelle Zuständigkeit[8]) ist die Zuteilung bestimmter Akte innerhalb eines Prozesses an die Gerichte; sie bestimmt sich nicht nach der Art der Prozesse oder der Lage des Anspruches, sondern nach der Art der vorzunehmenden Handlungen. Die hier auseinanderzuhaltenden Funktionen sind: das Erkenntnisverfahren erster Instanz und innerhalb

---

[5]) So wird die Zweckmäßigkeit der Laiengerichtstype vielfach, ebenso auch jene der Einzelgerichtstype bestritten, letztere aber von Skedl, Zur Frage der Gerichtsorganisation S. 6 verteidigt; vergl. Materialien I. S. 22.

[6]) Ausnahme: bei Klagänderung (§ 235 Abs. 1 Z. P. O.).

[7]) Im Gegensatze zur sachlichen Zuständigkeit, welche sich nach der Art des Anspruches richtet.

[8]) Wach I. S. 392 ff.; Schmidt S. 199 f.

desselben noch die Rechtshilfe; das Rechtsmittel-, das Sicherungs- und das Exekutionsverfahren. Jenes Gericht z. B., welches die Klage aufnimmt, ist nicht immer zur Urteilsfällung erster Instanz (z. B. § 64 Z. P. O.), niemals zur Entscheidung des Rechtsmittels der Berufung und nur zufälligerweise für den Exekutionsvollzug zuständig (§ 18 E. O.).

III. Für jede Rechtssache muß daher das Gesetz die sachliche, örtliche und funktionelle Zuständigkeit des Gerichtes normieren, damit jede Partei und jedes Gericht wisse, welche Akte vorzunehmen gerade dieses verpflichtet und welche durchzuführen es nicht berechtigt ist. In der Regel entsprechen den drei Zuständigkeiten drei Normen; bisweilen sind die sachliche und örtliche Zuständigkeit, niemals aber alle drei in einer Norm festgestellt.

Die folgende Darstellung entwickelt zuerst die Abgrenzung der österreichischen von der ausländischen Gerichtsgewalt, dann die Normen über die sachliche, örtliche, funktionelle Zuständigkeit. Um der Übersichtlichkeit willen ist jedoch die Darstellung der sachlichen und der örtlichen Zuständigkeitsnormen zunächst auf das Erkenntnisverfahren erster Instanz beschränkt und die restliche Darstellung derselben mit jener der funktionellen Zuständigkeitsvorschriften verbunden worden. Ausnahmsweise ist in die Darstellung der sachlichen auch jene der örtlichen Zuständigkeit einbezogen worden.

I. Die Grenzen inländischer und ausländischer Zuständigkeit.

§ 43. Die Gewalt inländischer Gerichte.[1])

I. Welche Rechtssachen der österreichischen Zivilgerichtsbarkeit unterliegen, bestimmt ausschließlich das österreichische Recht,[2]) welches hiefür allerdings nicht nur das Gesetz und die Staatsverträge, sondern auch die „völkerrechtlichen Grundsätze", und zwar diese insofern als Rechtsquelle anerkennt, als sie die „inländische Gerichtsbarkeit" begründen (Art. IX Einf. Ges. zur J. N.); versagen die Völkerrechtssätze dieselbe, so hat das dagegen keine Bedeutung.

Das österreichische Recht hat nun positivrechtlich die Grenzen der inländischen Entscheidungs- und Befehlsgewalt i. e. S. ohne jede Rücksicht auf das Ausland, namentlich ohne Rücksicht darauf festgesetzt, ob ein ausländischer Staat etwa die Entscheidungsgewalt über denselben Anspruch sich vorbehalten hat[3]) oder ablehnt, z. B. in Statusprozessen. Darnach kann es geschehen, daß ein österreichisches Gericht für eine

[1]) Barazetti, Die örtlichen Grenzen des österr. Zivilprozeßgesetzes (in Böhms Zeitschr. IX.); Menger, System S. 128 ff.; v. Bar, Lehrbuch S. 179 ff.; R. Schmidt S. 236 ff.; Hellwig, Lehrbuch I. S. 96 ff.; Zitelmann, Internationales Privatrecht II. S. 222 ff.; Walker, Streitfragen S. 99 ff

[2]) Hellwig I. S. 98 ff.; a. M. v. Bar S. 183 ff., der aber offenbar nur die Wirkung der Entscheidung im Auslande im Auge hat.

[3]) Für Österreich behauptet eine solche ausschließliche Zuständigkeit mit Unrecht Eckstein, Grundsätze der Zwangsvollstreckung ausländischer Exekutionstitel S. 55 für die §§ 76—85 J. N.

Anspruchsentscheidung zuständig ist, für welche ein ausländisches Gericht die Entscheidungsgewalt ausschließend in Anspruch nimmt; auch der umgekehrte Fall kann sich ereignen, daß sowohl das österreichische als auch das ausländische Gericht, jedes nach seinen Gesetzen, mit Recht die Entscheidungsgewalt in concreto ablehnen. Eine Regelung solcher Konflikte kann nur im Gesetzgebungswege und nicht durch eine Entscheidung des obersten Gerichtshofes[4]) oder durch eine Erklärung des Justizministers erfolgen; denn nur prima facie könnte man annehmen, daß hier „Zuständigkeitsstreitigkeiten (inländischer Gerichte) mit ausländischen Behörden" vorliegen, für welche eine solche Erklärung vorgesehen ist[5]) (§ 48 J. N.). Die Unrichtigkeit einer solchen Auffassung ergibt sich aus folgendem: in Zivilprozeß- und Exekutionssachen wird bekanntlich das Verfahren nicht von Amts wegen eingeleitet, so daß ein positiver Kompetenzkonflikt der Gerichte gar nicht möglich ist; ganz konsequent schreibt darum auch das Haager Übereinkommen vor, daß Zustellungen auf Ersuchen ausländischer Gerichte ohne Prüfung ihrer Rechtsmäßigkeit zu vollziehen sind.[6]) Aber auch negative Kompetenzkonflikte sind aus demselben Grunde unmöglich. So fehlt denn der Tatbestand des § 48 J. N. immer. Ergibt sich schon aus diesen Erwägungen die Unanwendbarkeit des § 48 J. N. auf das hier erörterte Problem, so folgt sie auch aus dessen Wortlaut, nach dem die Erklärung des Ministers „über das den Beziehungen zu anderen Staatsgebieten entsprechende Verhalten der inländischen Gerichte" zu ergehen hat; um Beziehungen zu anderen Staatsgebieten handelt es sich hier eben gar nicht.[7])

Ganz unabhängig von dem Satze, daß Österreich allein die Grenzen seiner Entscheidungs- und Befehlsgewalt absteckt, ist die Frage, welche Wirkung das Ausland dieser Absteckung beimißt, mit anderen Worten: welche Bedeutung das Ausland der österreichischen Zuständigkeitsordnung gibt; über diese Frage siehe § 44.

II. Die Grenzen der österreichischen Entscheidungsgewalt sind in den §§ 28, 42 J. N. als abgesteckt vorausgesetzt, aber nirgends expresse abgesteckt. In diesen Kreis fallen nach den einzelnen Normen folgende Fälle: a) wenn für die Geltendmachung eines Anspruches eine örtliche Zuständigkeitsnorm vorhanden ist; hiebei kommt es grundsätzlich auf den Aufenthalt oder die Staatsbürgerschaft des Beklagten nicht an; b) wenn Österreich durch einen Staatsvertrag oder nach Völkerrecht die Verpflichtung zur Entscheidung gewisser Ansprüche übernommen oder das Recht zu derselben sich vorbehalten hat (Art. IX Einf. Ges. zur J. N.);

[4]) A. M. Horten S. 205, der den § 42 Abs. 2 J. N. hieherzieht.

[5]) A. M. Horten S. 212, für den freilich der Wortlaut des (dem § 4 der früheren, unter ganz anderen staatsrechtlichen Verhältnissen erlassenen Jurisdiktionsnorm vom 20. November 1852 Nr. 251 entnommenen) § 48 J. N. spricht; allein siehe die Erwägungen im Texte. Die Materialien I. S. 58 sprechen sich über diese Frage nicht aus.

[6]) Ebenso schon v. Bar S. 177.

[7]) Ein Indizium für die Meinung des Textes bietet es endlich, daß Art. IX Einf. Ges. zur J. N. wohl im Abs. 3, aber nicht im Abs. 1 der Erklärung des Justizministers gedenkt.

fehlt in solchen Fällen der örtliche Zuständigkeitsgrund,[8]) so hat der oberste Gerichtshof die Lücke zu schließen (§ 28 J. N.).[9]) Beispiele: die Min. Erkl. vom 16. April 1863 Nr. 38; die Konvention vom 9. April 1880 Nr. 80; die Konvention vom 10./22. Februar 1873 Nr. 42 ex 1881 über Eisenbahnbedienstete in Grenzstationen; Ansprüche gegen österreichische Beamte im Auslande, welche weder österreichische Staatsangehörige (§ 69 J. N.) noch solche jenes Staates sind, in welchem sie das österreichische Amt verwalten;[10]) c) wenn Österreich bestimmte ausländische Entscheidungen nicht anerkennt und nicht vollstreckt, wenn aber der ihnen zugrunde liegende Anspruch im Inlande einer Entscheidung seiner Natur nach bedarf.[11]) Hieher gehören als Hauptfall wegen des § 81 Z. 1 E. O. die Statusprozesse, für deren meiste allerdings im § 100 J. N.[12]) ein Gerichtsstand begründet ist; aber auch solche vermögensrechtliche Ansprüche gehören hieher, für die im Inlande Vollstreckungsobjekte vorhanden sind, ohne daß die ausländische Entscheidung im Inlande vollstreckbar wäre. Hier die inländische örtliche Zuständigkeit verneinen, hieße die Justiz verweigern.[13]) Auch in diesen Fällen hat dann der oberste Gerichtshof das örtlich zuständige Gericht zu bestimmen (§ 28 J. N.).

Was außerhalb dieses Rahmens liegt, fällt außer die Grenzen der österreichischen Entscheidungsgewalt; so gibt es z. B. nach dem Beginne des Exekutionsvollzuges keinen inländischen Gerichtsstand für eine Widerspruchsklage nach § 37 E. O., wenn ein ausländisches Gericht das Exekutionsgericht ist.[14]) Verhandelt und entscheidet ein österreichisches Gericht dennoch, so setzt es einen Nichtigkeitsgrund (§ 42 J. N.; § 477 Z. 6 Z. P. O.); ist aber die Entscheidung rechtskräftig geworden, so ist für Österreich der Mangel der Entscheidung saniert (arg. § 529 Z. P. O.),[15]) die Entscheidung wirksam.

---

[8]) Der sachliche kann niemals fehlen, weil die sachliche Zuständigkeitsordnung sämtliche denkbaren Rechtsschutzansprüche umfaßt: § 50 J. N. Siehe Wach I. S. 232.

[9]) Die deutsche Zivilprozeßordnung enthält keine dem § 28 J. N. korrespondierende Norm; daher erklären sich die abweichenden Ergebnisse Hellwigs I. S. 98 ff.

[10]) Horten S. 145 führt noch den hieher nicht gehörenden Fall an, daß jemand im Inlande weder Wohnsitz noch Aufenthalt hat.

[11]) v. Schrutka, Umgestaltung S. 32 f. erkennt de lege ferenda nur den Fall a als berechtigt an.

[12]) Zum Teil in das Verfahren außer Streitsachen übergreifend.

[13]) Vorausgesetzt wird, daß für den Anspruch der Rechtsweg offen steht.

[14]) Vergl. hiezu Sternberg in G. H. 1899 S. 142 f.; a. M. Pfaff-Schey Nr. 372.

[15]) Durch § 42 Abs. 2 J. N. wurde freilich die Ansicht möglich, daß nach Rechtskraft die Administrativbehörde die Nichtigerklärung des Verfahrens beantragen dürfe (so Neumann, Komm. I. S. 1155; Horten S. 205; zweifelhaft Demelius S. 41); allein die Entstehungsgeschichte spricht dagegen ebenso bestimmt (siehe § 48 der J. N. vom 20. November 1852 Nr. 251; Materialien I. S. 56) als der Abs. 4 des § 42 J. N. und als der Grundsatz, daß die Verwaltung sich in die Rechtsprechung nicht einzumengen habe: die Ingerenz der Verwaltungsbehörde nach § 42 J. N. bleibt also auf den Fall beschränkt, daß Verwaltungssachen vor die Gerichte gezogen wurden; im Ergebnisse wie der Text v. Schrutka, Umgestaltung, S. 41: v. Schuster S. 137. Siehe auch S. 15 ff.

III. Innerhalb der Reichsgrenzen gibt es nur eine österreichische Befehlsgewalt i. w. S.[16]) Auch dort, wo Österreich die Entscheidungsgewalt ablehnt, gestattet es einer ausländischen Behörde grundsätzlich nicht, Befehle mit Wirkung für das Inland zu erteilen oder zu vollstrecken. Die Wirkung solcher ausländischer Befehle im Inlande hängt vielmehr von ihrer konkreten Anerkennung durch Österreich ab; ihr Vollzug darf immer nur durch österreichische Behörden geschehen. Diese nirgends im Gesetze ausgesprochenen Sätze sind die anerkannte Konsequenz der Territorialhoheit Österreichs. Will also ein ausländischer Staat seinen Entscheidungen eine Wirkung, seinen Aufträgen eine Bedeutung und den Vollzug in Österreich sichern, so bedarf er hiezu der Rechtshilfe Österreichs, das Wort im weitesten Sinne genommen; ohne solche kann er keine Zustellung in Österreich vornehmen, keine Zeugen vernehmen lassen, keine Exekution zum Vollzuge bringen.

§ 44. Rechtshilfe gegenüber dem Auslande.

I. Die zivilprozessuale Rechtshilfe im weitesten Sinne ist die Unterstützung eines Zivilgerichtes durch eine andere Behörde (Gericht oder nicht). Sie kann in drei Formen auftreten: als Rechtshilfe im engeren Sinne (Unterstützung bei allen einzelnen Prozeßhandlungen, welche keine Verhandlung oder Endentscheidung und keine Handlungen des Exekutionsvollzuges sind); als Anerkennung der Rechtskraft der Entscheidungen; als Vollstreckung der Entscheidungen. Keine dieser drei Arten von Rechtshilfe versteht sich zwischen dem In- und dem Auslande von selbst; jede bedarf vielmehr einer gesetzlichen Grundlage. Aber wegen der comitas gentium geht es nicht an, die Tatsache des ausländischen Prozesses einfach zu ignorieren; vielmehr wird die Rechtshilfe im internationalen Verkehre doch ziemlich häufig geleistet, wobei allerdings am meisten ein Teil der Rechtshilfe im engeren Sinne in Betracht kommt, während die Anerkennung und die Vollstreckung ausländischer Entscheidungen grundsätzlich in engeren Grenzen als die Rechtshilfe im engeren Sinne statt hat. Für jede Art der Rechtshilfe gilt, daß sie nur unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit geleistet wird (§ 38 J. N.; § 79 E. O.); aber auch dieses Erfordernis wird bei der Rechtshilfe im engeren Sinne leichter als bei den anderen Rechtshilfearten genommen.

II. Die Rechtshilfe im engeren Sinne, vom Gesetze kurzweg Rechtshilfe genannt (§ 38 J. N.),[1]) soll die ordnungsgemäße Vorbereitung, Fällung und Zustellung der Entscheidungen ermöglichen; sie findet für das Erkenntnisverfahren und mit mehr Beschränkungen auch im Sicherungs- und Exekutionsverfahren des Auslandes statt; diese Beschränkungen gehen

[16]) Jene der österr. Gerichte kann auch im Inlande beschränkt sein; siehe § 202 Z. P. O. (Militärpersonen); Z. E. Nr. 239.

[1]) Daß der Wortlaut des § 38 J. N. auch auf die Vollstreckung ausländischer Entscheidungen paßt, darf nicht irreführen; das Gesetz denkt, wie § 79 E. O. ergibt, nur an die Rechtshilfe im engeren Sinne.

dahin, daß im Wege der Rechtshilfe wohl Handlungen des Sicherungs- oder Exekutionsverfahrens, aber keine des Sicherungs- oder Exekutionsvollzuges vorgenommen werden dürfen: so darf der betreibende Gläubiger vom Versteigerungstermine, nicht aber der Drittschuldner vom Zahlungsverbote in Kenntnis gesetzt werden (arg. III).

Zu Zwecken dieser Rechtshilfe stellen österreichische Gerichte Schriftstücke und Ladungen ausländischer Gerichten zu und führen für dieselben Einvernehmungen und Beweisaufnahmen durch, ohne zu prüfen, ob die Ersuchen und die ersuchte Handlung dem ausländischen Prozeßrechte gemäß sind; die Durchführung der Verhandlung oder die Fällung der Entscheidung wird dagegen nicht übernommen. Diese Rechtshilfe wird im folgenden Umfange gewährt: a) Ungarn, Kroatio-Slavonien und den okkupierten Ländern auf Grund der staatsrechtlichen Gestaltung, ferner Belgien, Spanien, Frankreich, Italien, Luxemburg, Portugal, der Schweiz, Schweden, Norwegen, Dänemark, Rumänien und Rußland[2]) auf Grund des Haager Übereinkommens (Nr. 85 ex 1899), welches zunächst auf fünf Jahre, und falls es nicht sechs Monate vor Ablauf dieser fünf Jahre gekündet wird, je auf weitere fünf Jahre bindet.[3]) Darnach sind die Vertragsstaaten „zur Mitteilung gerichtlicher Akte", also zur Vornahme von Zustellungen[4]) einschließlich der Ladungen unbedingt verpflichtet, zur Vornahme „richterlicher Prozeßhandlungen oder anderer gerichtlicher Handlungen" dann, wenn im ersuchten Staate die vorzunehmende Handlung in „den Bereich der Gerichtsgewalt" fällt, die Echtheit des Ersuchschreibens feststeht und die vorzunehmende Handlung nach der Ansicht des ersuchten Gerichtes nicht geeignet erscheint, den Hoheitsrechten oder der Sicherheit des ersuchten Staates Eintrag zu tun (Art. VII l. c.). b) Serbien auf Grund des Staatsvertrages vom 6. Mai 1881 Nr. 88 ex 1882. Darnach ist die Rechtshilfe den Gerichten insoweit zu leisten, als die vorzunehmende Handlung nicht nach den Gesetzen des ersuchten Staates unzulässig ist. c) Allen anderen Staaten auf Grund des § 38 J. N. Darnach ist die Rechtshilfe zu leisten, es falle denn die vorzunehmende Handlung im ersuchten Staate nicht in den Wirkungskreis der Gerichte,[5]) oder es sei ihre Vornahme nach dem österreichischen Rechte verboten, oder es fehle an der Beobachtung der Gegenseitigkeit. Die Gegenseitigkeit muß darin bestehen, daß der betreffende Staat Ersuchen österreichischer Gerichte um Rechtshilfe ebenso behandelt wie solche seiner eigenen Gerichte,[6]) ob auf Grund seines Gesetzes und der Übung oder bloß der

---

[2]) Der österreichisch-russische Staatsvertrag vom 2. Juli 1884 ist hiedurch erweitert.

[3]) Unterschrieben wurde das Übereinkommen vom österr.-ungar. Gesandten am 9. November 1897, ratifiziert wurde es am 19. April 1899.

[4]) Trotz des Wortlautes nicht auch solcher, welche einen Akt des Exekutionsvollzuges bilden, wie etwa nach § 294 E. O.

[5]) Unentscheidend, ob in jenen des einzelnen, angerufenen Gerichtes; a. M. Demelius S. 38. — Das Ersuchen kann (= soll) dann an die zuständige Behörde geleitet werden (§ 38 Z. 1 J. N.).

[6]) Übereinstimmend in dieser vom Gesetze nicht gelösten Frage Horten

Übung seiner Gerichte, ist gleichgültig;[7]) Zweifel an der Gegenseitigkeit behebt für den konkreten Fall der Justizminister.

Diese Rechtshilfe wird nicht vom Gericht dem Gerichte, sondern vom Staat dem Staate gewährt; ist daher ein anderes als das ersuchte Gericht nach den inländischen Normen zur Rechtshilfe zuständig, so hat das ersuchte das Ersuchen an das zuständige Gericht weiterzuleiten (Art. VIII des Haager Übereinkommens; § 38 J. N.); funktionell zuständig sind für die von den Gerichten zu leistende Rechtshilfe die Bezirksgerichte, es handle sich denn um eine Amtshandlung, die nur ein Gerichtshof vornehmen darf (arg. § 37 J. N.). Das ersuchte Gericht ist nicht vom ersuchenden beauftragt;[8]) jenes Gerichtsherr bleibt ausschließlich der ersuchte Staat. Darum beurteilt der ersuchte Staat selbst[9]) die Zulässigkeit des Ersuchens[10]) (Art. VII des Haager Übereinkommens; § 40 J. N.) und erfüllt es nach seinem Prozeßrechte[11]) (§ 39 J. N.; Art. X des Haager Übereinkommens); konsequenterweise muß das ersuchende Gericht die ersuchte Handlung als ordnungsgemäß vorgenommen ansehen, wenn sie dem Prozeßrechte des ersuchten Gerichtes gemäß vorgenommen ist (arg. § 39 J. N.; § 290 Z. P. O.). So zweifellos alle diese Sätze theoretisch auch sind, so kann ihre Anwendung doch bisweilen die gewährte Rechtshilfe illusorisch machen; namentlich können sich bei Beweisaufnahmen infolge der Verschiedenheiten der Beweissysteme leicht Schwierigkeiten bei der Einfügung einer im Auslande durchgeführten Beweisaufnahme in den inländischen Prozeß ergeben.[12]) Darum gestattet das Gesetz die Beobachtung der Vorschriften fremden Rechtes als österreichische statt oder neben[13]) den eigenen, wenn die betreffenden Normen des ausländischen Rechtes neben zwingenden oder an Stelle dispositiver inländischer Prozeßgesetze anwendbar sind[14]) und wenn um

---

S. 197 f.; wohl auch Neumann, Komm. I. S. 1152.

[7]) Über die Verhältnisse in Großbritannien und Irland siehe J. M. Vdg. vom 12. Dezember 1900, Vdg. Bl. Nr. 46; in den Vereinigten Staaten von Nordamerika J. Ullmann in G. Z. 1901 S. 33 ff.

[8]) So faßte noch Mittermaier im Arch. f. zivil. Praxis XIII. S. 308 die Sache auf; seit Bülow i. e. l. LXIV. S. 51 ff. ist das eine abgetane Lehre.

[9]) Durch das ersuchte Gericht, im Streitfalle durch das Oberlandesgericht (§ 40 J. N.); auch hier ist also § 48 J. N. unanwendbar. Der Rechtszug an den obersten Gerichtshof besteht nicht, da es sich um einen Anspruch nicht der Partei, sondern eines fremden Staates handelt; im Resultate übereinstimmend Horten S. 200; a. M. v Canstein S. 68; Walker S. 146; Schauer, Z. P. O. S. 109 (Beschwerde ohne Frist und Form an den obersten Gerichtshof stehe offen).

[10]) Lehnt er es ab, so hat er hiefür nach Art. IX des Haager Übereinkommens den Grund anzugeben.

[11]) Menger, System S. 128 ff.; Bülow a. a. O. S. 51 ff.; v. Canstein S. 68.

[12]) So z. B., wenn österreichische Gerichte eine unbeeidete Parteivernehmung durchführen. Die häufigsten solcher Konflikte entstehen zwischen Staaten, deren einer nur den Parteieneid, der andere nur die Parteivernehmung kennt.

[13]) So muß sachgemäß die Erlaubnis, vom inländischen Rechte „abzuweichen" (§ 39 Abs. 2 J. N.), ausgelegt werden; siehe S. 114 ff.

[14]) Siehe S. 114 ff. — Horten S. 200 nennt u. a. als Beispiel: Parteivernehmung unter Vernachlässigung ihrer Subsidiarität; das geht aber das ersuchte Gericht nichts an.

ihre Befolgung ausdrücklich ersucht wird[15]) (§ 39 J. N.; Art. X des Haager Übereinkommens; vergl. übrigens auch § 290 Z. P. O.).

Diese Rechtshilfe wird zwischen Gericht und Gericht gewährt, ohne daß zwischen ordentlichen und Sondergerichten ein Unterschied bestünde (arg. Art. XIII Einf. Ges. zur J. N.); nicht staatlichen Schiedsgerichten und Schiedsrichtern ist sie mangels gesetzlicher Grundlage nicht zu leisten[16]) (siehe Art. XIII Einf. Ges. zur J. N., der den § 38 J. N. nicht und den § 40 J. N. nur zur „sinngemäßen" Anwendung zitiert; § 589 Z. P. O.); dagegen dürfen unter den Vertragsstaaten des Haager Übereinkommens die Gerichte nicht bloß Gerichte, sondern die „zuständigen Behörden" um Rechtshilfe ersuchen (siehe § 38 Z. 1 J. N.).

III. Die Vollstreckbarkeit[17]) zur Befriedigung ausländischer Entscheidungen im Inlande ist in viel engeren Grenzen als die bisher besprochene Rechtshilfe zugestanden.[18]) Nicht nur, daß nur wir vollstrecken und keinerlei Vollstreckungshandlung eines ausländischen Staates gegen Personen oder Sachen auf österreichischem Territorium dulden (versucht sie der ausländische Staat dennoch,[19]) so hat sie in Österreich weder eine prozeß- noch eine privatrechtliche Bedeutung), so vollstrecken wir auch ausschließlich und ohne jede Konnivenz nur mit den Mitteln und auf die Exekutionsobjekte der Exekutionsordnung. Und dazu vollstrecken wir auch viel weniger ausländische Exekutionstitel, als wir Ersuchen um Rechtshilfe entsprechen.

Für das Problem der Vollstreckbarkeit ausländischer Exekutionstitel kann man vier Gruppen von Staaten unterscheiden: solche, welche ausländische Exekutionstitel nicht, es sei denn auf Grund eines Staatsvertrages, vollstrecken (z. B. Rußland, Finnland); solche, welche die Richtigkeit des zu vollstreckenden Titels, also z. B. die der Entscheidung zugrunde liegende Tat- und Rechtsfrage überprüfen, ehe sie vollstrecken (z. B. Frankreich, Belgien); solche, welche die

---

[15]) De lege ferenda gebilligt von Menger a. a. O.; v. Bar S. 177 ff.; bekämpft von Bülow a. a. O.

[16]) A. M. Schauer, Z. P. O. S. 109.

[17]) Eckstein, Grundsätze der Zwangsvollstreckung ausländischer Exekutionstitel (1897); v. Canstein S. 324 ff.; Walker, Streitfragen (1897) S. 170 ff.; Neumann, E. O. S. 44 ff.; Schuhmacher in G. Z. 1898 Nr. 22, 23, 38; 1900 Nr. 8; Wach I. S. 223 ff.; v. Bar S. 197 ff.; M. Klein in Böhms Zeitschr. IX. S. 206 ff.; Francke in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. VII. S. 1 ff.; XXVII. S. 123 ff.; Leske u. Löwenfeld, Rechtsverfolgung im Auslande; A. S. Schultze in Grünhuts Zeitschr. XXVIII. S. 535 ff.; Zitelmann, Internationales Privatrecht II. S. 238 ff.

[18]) Das Haager Übereinkommen befaßt sich mit dieser Frage grundsätzlich nicht; über die Ausnahme in den Art. XII, XIII siehe oben den Text; v. Canstein S. 328.

[19]) Das kommt nur vor, wo es sich nicht um äußere Zwangsmaßregel, sondern um ideelle Einwirkungen auf bestehende Rechtsverhältnisse handelt; sähe nun z. B. ein deutsches Gericht eine Willenserklärung nach § 894 deutsche Z. P. O. (= § 367 E. O.) als abgegeben an, so lassen wir das dann nicht gelten; ebenso wenn es im Wege der Rechtshilfe i. e. S. einen Pfändungsbeschluß dem in Österreich wohnenden Drittschuldner zustellen ließe und wenn diese Zustellung erfolgte (v. Schrutka, Zur Dogmengeschichte II. S. 181 ff.; im Resultate übereinstimmend Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 16 ff.; a. M. Hellwig, Lehrbuch I. S. 110 ff.).

Gesetzmäßigkeit des Titels (die Rechtsfrage) überprüfen (z. B. England, Liberia); und endlich solche, welche nur in einigen wenigen Punkten die Gesetzmäßigkeit und Richtigkeit des ausländischen Exekutionstitels prüfen (z. B. Italien); Staaten, welche die ausländischen Exekutionstitel den inländischen völlig gleich, ohne weitere Überprüfung als bei diesen vollstrecken, gibt es trotz häufig vorgebrachter entgegengesetzter Behauptung[20]) nicht. Von einer Vollstreckbarkeit ausländischer Exekutionstitel als solcher kann genau genommen nur bei der vierten, allenfalls noch bei der dritten Staatengruppe geredet werden; bei den ersten zwei Gruppen ist der ausländische Exekutionstitel nur ein mehr oder minder wertvolles Beweismittel für den im Inlande zu führenden Prozeß. In der Literatur wird unter Berufung auf die comitas gentium, den Weltverkehr, den gleichen Kulturstand der in Betracht kommenden Staaten u. s. f.[21]) meist die möglichste Ausdehnung der Vollstreckbarkeit ausländischer Exekutionstitel gewünscht, die ablehnende Haltung der meisten Staaten dagegen bedauert. Dieser Standpunkt ist jedoch unrichtig.[22]) Vor allem ist die Justiz der der Kulturwelt angehörenden Staaten durchaus nicht gleichwertig; dann verlockt die Ausdehnung dieser Vollstreckbarkeit geradezu zur Schaffung von Gerichtsständen, welche, das forum domicilii rei umgehend, den Beklagten vor ein Gericht außerhalb seines Wohnsitzes ziehen;[23]) endlich schützt ein Staat durch die Ablehnung oder Erschwerung dieser Vollstreckbarkeit nicht einmal seine Staatsbürger, sondern nur seine Inwohner, so daß es sich gar nicht um eine engherzig nationale Maßregel handelt. Österreich hat sich der Würdigung dieser Erwägungen nicht völlig verschlossen, neigt aber doch, dem von altersher von ihm in Rechtshilfefragen angenommenen Standpunkte gemäß, mehr zur herrschenden Lehre.

Es gesteht zwei Gruppen von Ländern die Vollstreckbarkeit zu, der einen auf Grund von Vereinbarungen, der anderen auf Grund der Exekutionsordnung; bei jenen sind die Voraussetzungen vereinbart, bei diesen gesetzlich festgelegt.

Die erste Gruppe besteht zunächst aus den Vertragsstaaten des Haager Übereinkommens. Als Kompensation für den Verzicht auf die Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten gewähren diese Staaten einander nämlich die Vollstreckbarkeit ihrer in gehöriger Form ausgestellten rechtskräftigen „Entscheidungen", insoweit mit denselben ein von dieser Sicherheitsleistung infolge dieses Übereinkommens oder der Gesetze des Staates der Prozeßführung befreiter Kläger oder Intervenient zum Prozeßkostenersatze verurteilt wurde (Art. XII, XIII des Haager

---

[20]) Walker S. 174 ff.; Wach I. S. 224 f.; Francke a. a. O. VIII. S. 5, 112 ff.

[21]) Siehe die Übersicht der Theorien bei Walker S. 174, der sagt: „es gibt so viele Gründe der Anerkennung auswärtiger Urteile, daß nicht eine Theorie den Anspruch ausschließlicher Herrschaft erheben darf".

[22]) So auch Eckstein a. a. O. S. 39 ff.

[23]) Beispielsweise seien genannt: der österreichische Fakturen-, der ungarische Buchgerichtsstand, der bulgarische Gerichtsstand gegen Ausländer vor jedem bulgarischen Gerichte.

Übereinkommens). Dann besteht diese erste Gruppe aus jenen Staaten, welche dem internationalen Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr beigetreten sind (Übereink. vom 14. Oktober 1890 Nr. 186 ex 1892); Urteile, „welche auf Grund der Bestimmungen dieses Übereinkommens von dem (abstrakt) zuständigen Richter . . . erlassen und nach den für den urteilenden Richter maßgebenden Gesetzen vollstreckbar geworden sind", sind in sämtlichen Vertragsstaaten ohne „materielle Prüfung des Inhaltes" vollstreckbar (Art. LVI des zitierten Übereinkommens), eine Bestimmung, deren Fassung freilich Zweifeln Raum läßt, da die Worte: „auf Grund der Bestimmungen dieses Übereinkommens" jedenfalls jene: ohne „materielle Prüfung des Inhaltes" einschränken. Endlich gehören in diese Gruppe Serbien (Vertrag vom 6. Mai 1881), Ungarn, Kroatio-Slavonien (§ 86 E. O.; Vdg. vom 13. Dezember 1897 Nr. 285), Bosnien und die Herzegowina (Art. XIX Einf. Ges. zur E. O.; Vdg. vom 15. Dezember 1897 Nr. 286). Die Vereinbarung mit Serbien bezieht sich gleichmäßig auf alle zivilgerichtlichen Exekutionstitel wegen vermögensrechtlicher Ansprüche und auf Schiedssprüche (sowohl staatlicher als nicht staatlicher Schiedsgerichte) mit der gleichen Beschränkung. Aus Ungarn werden nur die im § 5 und P. V der zit. Vdg. aufgezählten gerichtlichen Erkenntnisse und Vergleiche,[24]) aus Kroatio-Slavonien dagegen sämtliche im § 1 E. O. genannten Exekutionstitel (P. VI der zit. Vdg.), aus Bosnien und der Herzegowina nur die im § 1 Z. 1, 5, 7, 11, 16 E. O. genannten Exekutionstitel vollstreckt.[25]) Die zweite Gruppe wird aus den Ländern: Deutschland (für alle gerichtlichen Entscheidungen), Rumänien (ebenso), Italien[26]) (für alle im § 1 E. O. genannten Exekutionstitel), Waadt (für alle auf Geldzahlung lautenden Entscheidungen) und Liechtenstein (für Urteile, Zahlungsaufträge, Zahlungsbefehle und gerichtliche Vergleiche) gebildet.[27]) Exekutionstitel anderer Länder und andere Exekutionstitel vollstreckt Österreich derzeit nicht[28]) (§§ 79, 84 E. O.),

[24]) Vergl. Z. E. Nr. 111. — Erkenntnisse der Börsenschiedsgerichte gehören zu den vollstreckbaren Titeln, nicht aber vollstreckbare Notariatsakte; Pfaff-Schey Nr. 1033.

[25]) Insoweit § 86 E. O. weiter geht, ist er (insbesondere sein Abs. 1 für Ungarn) durch die zitierte, gemäß § 84 E. O. erlassene Verordnung aufgehoben; Neumann, E. O. S. 50; a. M. Schauer, E. O. S. 263 Anm. 3. Vergl. Z. E. Nr. 349.

[26]) Marconi, l'esecuzione di sentenze, atti e documenti esteri in Austria ed in Italia (1899).

[27]) Für diese ist die Gegenseitigkeit durch die Regierungserklärungen Nr. 287, 288, 289, 290, 309 R. G. Bl. ex 1897 kundgemacht und steht somit für österreichische Gerichte ohne Rücksicht darauf fest, ob sie wirklich geübt wird; a. M. dem Anscheine nach v. Canstein S. 325.

[28]) Weil keine Regierungserklärung über die Gegenseitigkeit kundgemacht ist; die Kundmachung im Reichsgesetzblatte ist mit Recht zum Formalerfordernis erhoben (§ 79 E. O.), weil hiedurch zahlreiche Kontroversen abgeschnitten werden. Mit dem Resultate übereinstimmend Walker S. 185 ff.; Neumann, E. O. S. 44; a. M. Horowitz, Verfahren vor den Börsenschiedsgerichten S. 225 ff. Über den Kontroversenreichtum siehe M. Klein S. 236 ff.; Francke a. a. O. XXVII. S. 140 ff. Ob der Staatsvertrag mit Baden (siehe v. Canstein S. 327 Anm. 5) noch gilt, ist zweifelhaft.

also insbesondere nicht die Schiedssprüche anderer als der genannten Schiedsgerichte.[29])

Die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit sind: für das Haager und das Frachtverkehrsübereinkommen dessen Inhalt; für Serbien jene der §§ 80 Z. 2; 81 Z. 1 E. O. und statt des § 80 Z. 3 E. O. die bestätigte Rechtskraft des Exekutionstitels; für Ungarn, Kroatio-Slavonien, Bosnien und die Herzegowina jene der §§ 80 Z. 3; 81 Z. 2, 3[30]) E. O.;[31]) für alle anderen Staaten aber die folgenden:

α) Irgend ein Gericht des Staates, aus dessen Gebiet der Exekutionstitel herrührt, muß nach der österreichischen Zuständigkeitsordnung[32]) örtlich für die Rechtssache zuständig gewesen sein[33]) (abstrakte Zuständigkeit); da es sich hier lediglich um die Wahrung der Territorialhoheit handelt,[34]) kommt es gar nicht auf die sachliche und nicht auf die örtliche Zuständigkeit des etwa erkennenden Gerichtes an[35]) (§ 80 Z. 1 E. O.).

β) Richtet sich der Exekutionstitel gegen den Beklagten, so muß sich dieser entweder in den Prozeß eingelassen[36]) oder die Ladung zu eigenen Handen zugestellt erhalten haben;[37]) richtet sich der Exekutionstitel gegen den Kläger, so genügt sinngemäß[38]) jede zulässige ordnungsgemäße Zustellung, da eine solche zu eigenen Handen nirgends vorgesehen und auch deshalb entbehrlich ist, weil der Kläger das betreffende Gericht selbst anruft (§ 80 Z. 2 E. O.).

γ) Der Exekutionstitel[39]) muß im Staate seiner Entstehung ein solcher und[40]) befriedigungswegen vollstreckbar, und dies[41]) muß durch ein

---

[29]) § 594 Z. P. O. bezieht sich arg. §§ 79 ff. E. O. nur auf inländische Schiedsgerichte; v. Canstein S. 352.

[30]) § 86 P. 2 E. O. ist auf Grund des § 79 E. O. durch die Vdg. vom 13. Dezember 1897 Nr. 285 derart abgeändert, daß § 81 Z. 4 E. O. gegenüber den Ländern der ungarischen Krone nicht mehr in Geltung ist.

[31]) Z. E. Nr. 349 (ungar. Exekutionsbewilligung gegen einen Toten).

[32]) Dafür de lege ferenda Walker S. 193 ff.; dawider Menger, System S. 177 ff.; Ullmann, Lehrbuch S. 663 (für eine Prüfung nach internationalen Grundsätzen); v. Canstein, Lehrbuch II. S. 771; Rosenblatt in Böhms Zeitschr. I. S. 215 ff.; R. Pollak in Grünhuts Zeitschr. XVIII. S. 64 ff. (für die Prüfung nach dem Rechte des urteilenden Staates).

[33]) Totale Versäumnis begründet also wegen des § 104 J. N. niemals die Zuständigkeit; Spr. Rep. Nr. 161.

[34]) Dagegen de lege ferenda Eckstein S. 53; dafür Francke VIII. S. 37; Wach I. S. 232.

[35]) Vergl. Z. E. Nr. 244 (betreffend § 28 dtsch. Z. P. O.).

[36]) Das halten Walker S. 197; Neumann, E. O. S. 44 ff.; Eckstein S. 56 für unzureichend; der Wortlaut des § 80 Z. 2 E. O. spricht freilich für sie, aber bestimmt nicht sein Sinn: die Zustellung zu eigenen Handen ist doch kein Selbstzweck.

[37]) §§ 106, 109 Z. P. O. sind anwendbar; Walker S. 197; weiter geht Eckstein S. 57; a. M. Neumann, E. O. S. 47.

[38]) Das Gesetz verlangt nach seinem Wortlaute auch hier die Zustellung zu eigenen Handen (siehe Anm. 36); aber diese ist undurchführbar.

[39]) § 80 E. O. spricht nur von Erkenntnis und Vergleich, muß aber aus § 79 E. O. ergänzt werden.

[40]) Hierin liegt eine der praktischen Spitzen der Frage, ob die Rechtsgestaltungsurteile vollstreckbar sind oder keiner Vollstreckung bedürfen. Wer sie bejaht (siehe aber S. 26), wird doch im österreichischen Vollstreckungsverfahren erhebliche Durchführungsschwierigkeiten finden.

[41]) Nicht die Rechtskraft; v. Fürstl II. S. 185; a. M. Neumann, E. O. S. 47.

Zeugnis der zuständigen ausländischen Behörde bestätigt sein (§ 80 Z. 3 E. O.).

δ) Der Grundsatz des beiderseitigen Gehörs muß im ausländischen Verfahren gewahrt sein; ob dies geschehen ist, ist sowohl eine Tatfrage als auch eine Rechtsfrage, weil z. B. die Ansetzung zu kurzer, wenn auch noch gesetzmäßiger Einlassungsfristen eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs bedeuten kann (§ 81 Z. 1 E. O.).

ε) Der Exekutionstitel darf nicht den Personenstand eines österreichischen Staatsangehörigen betreffen; vergl. hiezu § 100 J. N. und oben S. 243 (§ 81 Z. 2 E. O.).

ζ) Die zu erzwingende Handlung darf nicht in Österreich verboten oder unerzwingbar sein (§ 81 Z. 3 E. O.).

η) Sie darf nicht zur Durchsetzung eines Anspruches dienen, der in Österreich „aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit" ungültig oder unklagbar ist[42]) (§ 81 E. O.), z. B. jenes auf Eheschließung (§ 45 a. b. G. B.), auf Zahlung von Spielschulden trotz nicht erlegten Spielgeldes, auf Zahlung des Kaufpreises für verbotene Lose (§ 81 Z. 4 E. O.).

Zusammengefaßt ergeben diese Normen folgendes: grundsätzlich wird weder die Rechts- noch die Tatfrage des ausländischen Exekutionstitels überprüft; nur in den gesetzlich festgestellten Ausnahmen α—η wird die Rechts-, in den Fällen β, δ und η auch die Tatfrage überprüft. Die Gleichheit des Vollstreckungsverfahrens nach in- und ausländischem Rechte ist keine Voraussetzung der Vollstreckbarkeit.[43]) Ebensowenig kommt es darauf an, ob der ausländische Staat unter genau denselben Voraussetzungen vollstreckt; das ist eine Frage der Gegenseitigkeit, die hier für die österreichischen Gerichte durch die kundgemachte Regierungserklärung oder den Staatsvertrag erledigt ist (§ 79 E. O.).

IV. Für die Anerkennung der Rechtskraftwirkung[44]) ausländischer Erkenntnisse im Inlande (die insbesondere, aber nicht ausschließlich bei Feststellungsurteilen wichtig ist) muß die Stellungnahme eines Staates bezüglich ihrer Vollstreckbarkeit nicht notwendigerweise entscheidend sein; so gut ein Staat die Vollstreckbarkeit wegen ihrer Rechtskraft anerkennt, könnte er auch umgekehrt den Zusammenhang zwischen beiden lösen. Allein dies ist nicht geschehen. Vielmehr wird die Rechtskraft ausländischer Exekutionstitel in Österreich genau in dem Maße[45]) wie ihre

[42]) Gl. U. Nr. 10604; Pfaff-Schey Nr. 642 (Verurteilung zur Zahlung einer Entschädigungssumme wegen nicht erfüllten Eheversprechens).

[43]) Neumann, E. O. S. 45; v. Canstein S. 335; M. Klein S. 213 ff.

[44]) Walker S. 161 ff.; Neumann, Komm. I. S. 789 ff.; v. Canstein S. 338 ff.; Lammasch in Holtzendorffs Rechtslexikon III. S. 400 ff.; Wach I. S. 226 ff.; Richard in Böhms Zeitschr. III. S. 10 ff.; Heidecker in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XVIII. S. 453 ff.; Zitelmann a. a. O. II. S. 267 ff.

[45]) A. M. v. Canstein S. 339 ff. — Nur muß sinngemäß das Zeugnis des erkennenden Gerichtes die Rechtskraft und nicht bloß die Vollstreckbarkeit des Erkenntnisses bestätigen, falls das Erkenntnis gerichtlich verwertet wird.

Vollstreckbarkeit anerkannt,[46]) und zwar ohne Rücksicht darauf, ob das Erkenntnis verurteilend oder abweisend, ein Leistungs-, ein Feststellungs- oder ein Rechtsgestaltungserkenntnis ist. Ausdrücklich ist dieser Satz freilich weder in dem Staatsvertrage mit Serbien, noch in einer Regierungserklärung, noch in der Exekutionsordnung ausgesprochen;[47]) allein er ergibt sich ex ratione legis, entspricht der communis opinio doctorum[48]) und findet seine Unterstützung darin, daß die Vollstreckbarkeit grundsätzlich ohne die Überprüfung der Entscheidung erfolgt, und daß § 35 E. O. die Oppositionsklage nur auf Tatsachen zu stützen gestattet, welche in dem der Entscheidung vorhergegangenen Verfahren nicht mehr geltend gemacht werden konnten.[49])

V. Die Exekution zur Sicherstellung wird von ausländischen Exekutionstiteln derzeit nur einzelnen serbischen Erkenntnissen und Vergleichen (Art. XIV des Vertrages) und den zivilgerichtlichen Endurteilen und Zahlungsbefehlen von Kroatio-Slavonien gewährt[50]) (§ 373 E. O.; J. M. Vdg. vom 13. Dezember 1897 Nr. 285), und zwar letzteren auf Antrag (nur) des dortigen Gerichtes und gegen dessen Bestätigung, daß bei Versagung dieser Exekution die Einbringung des Anspruches erheblich erschwert oder vereitelt würde; der Vollzug ist demnach zu versagen, wenn es sich nicht um eine Geldforderung handelt (siehe §§ 370, 373 Z. 2 E. O.) oder wenn der Vollzug nach III ε, ζ, η (§ 81 Z. 2—4 E. O.) unzulässig ist (§ 373 Z. 3 E. O.).

Über einstweilige Verfügungen siehe S. 67 f.

VI. Anhang. Inwieweit Österreich ausländischen Akten eine Wirkung im Inlande gewährt, ist eine Frage des österreichischen Rechtes, seiner Absteckung der Grenzen der inländischen Entscheidungs- und Befehlsgewalt. Wie weit ausländische Staaten österreichischen Akten eine Wirkung beilegen, ist eine Frage des ausländischen Rechtes. Sie gehört systematisch nicht in diesen Zusammenhang, genau genommen gar nicht in eine Darstellung des österreichischen Zivilprozeßrechtes; doch sei sie hier aus Zweckmäßigkeitsgründen kurz berührt.

Serbien, Ungarn, Kroatio-Slavonien, Bosnien und die Herzegowina behandeln österreichische Exekutionstitel genau nach den sub III, V entwickelten Grundsätzen; hier liegen eben Vereinbarungen vor. Anders steht es mit den anderen Staaten; hier wird Österreich bald gleich, bald günstiger, bald minder günstig behandelt, als es den betreffenden Staat

[46]) Es ist nur konsequent, wenn in Österreich die Streithängigkeit des ausländischen Prozesses in gleichem Maße wie die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der ausländischen Entscheidung respektiert wird; Nowak III. Nr. 59; Gl. U. Nr. 12205. — § 48 J. N. hat hier nichts zu tun (siehe § 43 I); a. M. Walker S. 159 f.

[47]) Anders § 328 dtsch. Z. P. O.

[48]) Für Österreich: Menger, System S. 166 ff.; v. Canstein, Lehrbuch I. S. 604; Ullmann, Lehrbuch S. 15; Walker S. 165 ff.

[49]) Eines Feststellungsverfahrens bedarf es nicht — so wenig es jetzt eines Delibationsverfahrens bedarf; das verkennt Walker S. 168 f.

[50]) Für Ungarn einschließlich Fiume und für Bosnien und die Herzegowina fehlt die Verbürgung der Gegenseitigkeit; Mück, Exek. zur Sicherstellung S. 32 f.; v. Fürstl II. S. 197; Schauer, E. O. S. 639; a. M. Walker S. 214 f.

behandelt. Eine günstigere Behandlung erfährt Österreich von jenen Ländern, welche ausländische Erkenntnisse vollstrecken, ohne nach der Gegenseitigkeit zu fragen, und deren Erkenntnisse Österreich nicht vollstreckt; hieher gehören:[51]) Appenzell außer Rhoden, Monaco (nach Ermessen), Thurgau, Zug und Zürich (nach Ermessen der dortigen Behörde), Argentinien, Belgien, England, Frankreich, Griechenland (welche allerdings in der Prüfung des Erkenntnisses bisweilen weiter gehen als Österreich). Ungünstiger steht Österreich gegen Deutschland, Liechtenstein und Waadt, weil dort die Gerichte von Fall zu Fall zu entscheiden haben, ob die Gegenseitigkeit mit Österreich besteht,[52]) während die Österreicher an die kundgemachte Regierungserklärung gebunden sind.

§ 45. Die Konsulargerichte.[1])

Die Konsulargerichte, deren Existenz auf den Passarowitzer Frieden vom 27. Juli 1718 zurückgeht, und die früher österreichische Gerichte waren,[2]) sind nun österreichisch-ungarische Gerichte, die ganz außerhalb der österreichischen Gerichtsorganisation stehen (Gesetz vom 30. August 1891 Nr. 136; Art. IV Einf. Ges. zur J. N.); aus ihrer früheren Stellung ist nur noch die Zulässigkeit gegenseitiger Delegationen zwischen Konsulats- und österreichischen Gerichten (§ 13 l. c.) und die Leistung und Gewährung der Rechtshilfe im weiteren Sinne zwischen Konsulats- und österreichischen Gerichten in dem Maße und in der Art, wie sie zwischen österreichischen Gerichten untereinander stattfindet, erhalten geblieben[3]) (§§ 10, 14 l. c.); siehe S. 28.

Diese Konsulargerichte gibt es in der Türkei (mit Ausnahme von Bulgarien,[4]) Tunis, Bosnien und der Herzegowina),[5]) in Persien, Marokko, China, Korea, Japan, Siam und Zanzibar. Sie haben bald die volle richterliche Gewalt, bald haben sie dieselbe nur für Ansprüche bis inklusive 1000 K, bald sind sie (z. B. die meisten Vizekonsulate) nur Rechtshilfegerichte. In zweiter und letzter Instanz unterstehen sie dem Konsularobergerichte in Konstantinopel.

II. Die sachliche Zuständigkeit des Erkenntnisverfahrens erster Instanz.

§ 46. Die Sondergerichte.

I. Die sachliche Zuständigkeit der Sondergerichte steht im Gegensatze nicht zu jener bestimmter Typen der ordentlichen Gerichte, sondern zu

[51]) Zusammenstellungen nach dem Stande vom 1. Jänner 1900 bei Francke a. a. O. XXVII. S. 143 ff.; M. Klein a. a. O. S. 238 ff.

[52]) Siehe dtsch. R. G. XLI. S. 424 f.; Francke a. a. O. XXVII. S. 183 ff.

[1]) Strisower, Konsulargerichtsbarkeit (im Österr. Staatswörterbuch II. S. 408—433); Fraus, Ehegerichtsbarkeit der k. u. k. Konsularämter (G. Z. 1901 S. 97 ff.).

[2]) Neumann, Komm. I. S. 1105; v. Fürstl III. S. 4 und Fraus a. a. O. S. 109 (dieser für Ehesachen) erklären sie noch dafür.

[3]) v. Canstein S. 324 bezeichnet darum die Exekutionstitel der Konsulargerichte als österreichische.

[4]) Rechtlich besteht sie daselbst noch.

[5]) In Ägypten besteht sie noch, wenn beide Parteien Nationale sind.

jener der ordentlichen Gerichte überhaupt; die Elbezollgerichte z. B. sind für gewisse Ansprüche sachlich zuständig, mag sonst, von ihnen abgesehen, ein Bezirksgericht oder ein Gerichtshof es sein. Die sachliche Zuständigkeit der Sondergerichte geht ferner grundsätzlich jener der ordentlichen Gerichte voran; und so skeptisch man auch den Wert mancher Sondergerichte beurteilen mag, muß man doch zugeben, daß sie, wenn sie existieren, den ordentlichen Gerichten vorangehen müssen. So empfiehlt es sich denn, der Darstellung der Zuständigkeitsordnung der ordentlichen Gerichte jene der Sondergerichte vorangehen zu lassen, obwohl diese die Ausnahme, jene die Regel darstellt; man müßte sonst bei der Darstellung der Regel ununterbrochen auf die Ausnahmen verweisen.

II. Das Reichsgericht ist sachlich zuständig für die Austragung von Kompetenzkonflikten[1]) zwischen den ordentlichen Gerichten[2]) und dem Verwaltungsgerichtshofe[3]) (Art. VI Z. 1 Einf. Ges. zur J. N.) und, wie nebenher bemerkt sein mag, für die Entschädigungsansprüche unschuldig Verurteilter[4]) (Gesetz vom 16. März 1892 Nr. 64).

III. Das Oberstthofmarschallamt[5]) (Art. III Einf. Ges. zur J. N.) hat eine nach den zwei Klassen der Gerichtsunterworfenen verschiedene Zuständigkeit. Die erste Klasse wird gebildet von den Mitgliedern des kaiserlichen Hauses[6]) und jenen Personen, „auf welche die Gerichtsbarkeit des Oberstthofmarschallamtes ausgedehnt wurde oder in Hinkunft ausgedehnt wird“;[7]) für diese als Beklagte ist das Gericht ausschließend sachlich für alle[8]) Prozesse mit Ausnahme jener über dingliche Ansprüche („Realklagen“) an Immobilien zuständig. Die zweite Klasse besteht aus den Exterritorialen (Art. III Z. 3, IX Einf. Ges. zur J. N.); für diese als Beklagte ist das Oberstthofmarschallamt zunächst nur für Vergleichsversuche zuständig; im Falle der Unterwerfung des Exterritorialen kommt

---

[1]) Diese sind freilich keine Zivilprozeßsachen und werden darum nur aus Zweckmäßigkeitsgründen hier genannt.

[2]) Über die Austragung solcher Konflikte zwischen Sondergerichten und dem Verwaltungsgerichtshofe fehlt (mit Ausnahme jener zwischen dem Verwaltungsgerichtshofe und dem Reichsgerichte selbst) eine Norm, so daß sie unausgetragen bleiben müssen; nur für das Oberstthofmarschallamt und die Elbezollgerichte wird man Art. VI Z. 1 Einf. Ges. zur J. N. analog anwenden dürfen.

[3]) Nicht auch zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden (a. M. gegen Art. VI Z. 1 Einf. Ges. zur J. N. Horten S. 22); siehe § 42 J. N., S. 16, 26.

[4]) Jellinek in Grünhuts Zeitschr. XX. S. 455 ff.

[5]) Strisower, Exterritorialität (im Österr. Staatswörterbuch I. S. 423 ff.; insbesondere 439 ff.); Horten S. 13 ff.; 40 ff.

[6]) „Die“ — mit Ausnahme des Kaisers — „nicht Landesherren sind“ (Hofd. vom 14. Juli 1815, J. G. S. Nr. 1159); der Passus gilt noch (verbo: „erhalten“ im Art. III Einf. Ges. zur J. N.; a. M. Horten S. 14), ist aber derzeit ohne Bedeutung.

[7]) Durch Gesetz (§ 1 des Ges. vom 27. Oktober 1862 Nr. 87), früher durch kais. Verordnung (Hofd. vom 14. Juli 1815).

[8]) Bei jenen, die nicht Mitglieder des kaiserlichen Hauses sind, kann die Zuständigkeit sich auf bestimmte Prozeßarten beschränken; Horten S. 15 f.

dem Gerichte dann auch für den einzelnen Prozeß die sachliche Zuständigkeit wie bei der ersten Klasse seiner Gerichtsunterworfenen zu.[9])

IV. Die Elbezollgerichte[10]) haben ohne Rücksicht auf die Höhe des Betrages die sachliche Zuständigkeit in Angelegenheit der Krahnen-, Weg-, Hafen-, Werft- und Schleusengebühren, der Entschädigungsansprüche gegen Flößer und Schiffer für Schaden, der bei der Schiffahrt, dem Schiffziehen und dem Landen verursacht ist, der Bergelöhne, Lotsengebühren, Passagiergebühren und der Dienststreitigkeiten mit dem Schiffs- und Zugspersonale.[11]) Überdies haben diese Gerichte auch straf- und verwaltungsrechtliche Agenden (Art. VI Z. 3 Einf. Ges. zur J. N.).

V. Die Gewerbegerichte[12]) (Gesetz vom 27. November 1896 Nr. 218) sind für gewisse Dienststreitigkeiten zuständig. Damit haben sie in die ohnedies komplizierte Regelung der Zuständigkeit für Dienststreitigkeiten noch ein neues Element dazugebracht. Eine Übersicht über diese Materie empfiehlt sich daher; um ihr den Wert einer solchen nicht zu rauben, sind dabei absichtlich die Differenzen der Begrenzung des Arbeiterbegriffes vernachlässigt, welche hier die verschiedenen Zuständigkeitsnormen vornehmen.[13]) Unter Vorbehalt dieser Ungenauigkeit gilt folgendes: nebeneinander stehen die Zuständigkeit der Arbeiterversicherungs- (§ 4 Gew. Ger. Ges.) und der Elbezollgerichte (IV); trotzdem das Gewerbegerichtsgesetz jünger ist, muß man das wohl als die Absicht des Gesetzes auffassen. In zweiter Linie stehen die Gewerbegerichte. Nur wo auch diese sachlich oder örtlich nicht zuständig sind — ihre Sprengel stoßen nicht zusammen — tritt die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ein; sie spielt also die dritte Rolle (statistisch freilich die erste) und ist wieder ziemlich kompliziert geordnet: für Dienstprozesse mit Personen, welche operas liberales leisten, gelten hinsichtlich der Abgrenzung zwischen dem Gerichtshofe und dem Bezirksgerichte die allgemeinen Normen über den Streitwert; für die anderen Dienstprozesse besteht die bezirksgerichtliche und für die Handlungsgehilfen und ihren Prinzipal besteht stets die Zuständigkeit der Bezirksgerichte für Handelssachen. Endlich sind viertens einige Dienstprozesse taxativ, wie z. B. manche Dienstbotenstreitigkeiten, ausdrücklich den Verwaltungsbehörden zugewiesen. Jede dieser vier Behördengruppen schließt die anderen aus.

Die Zuständigkeit der Gewerbegerichte ist nach drei Richtungen abzugrenzen, nach jener der unterworfenen Betriebe, der Personenklassen, der Ansprüche. Die Betriebe müssen gewerbliche, der Gewerbeordnung unterliegende oder im Art. V lit. l und Art. VIII Kundm. Pat. zur Gew. O.

---

[9]) Über Immobiliarklagen gegen Exterritoriale Strisower a. a. O. S. 440.

[10]) Strisower, Elbeschiffahrt (im Österr. Staatswörterbuch I. S. 395 ff.).

[11]) Früher (a. M. Horten S. 25) auch noch in Angelegenheiten des nun aufgehobenen Elbezolles; Strisower a. a. O.

[12]) R. Pollak im Arch. für soziale Gesetzgebung IX. S. 155 ff.; X. S. 272 ff.; Bloch, Gewerbegerichte (1899); Gewerbegerichtliche Entscheidungen (1900 ff., amtlich publiziert).

[13]) Sigm. Grünberg, Arbeiterbegriff des Gew. Ger. Ges. (in G. Z. 1901 Nr. 33 ff.).

genannte[14]) sein und im Sprengel des Gerichtes liegen; innerhalb dieser Grenzen und nur innerhalb derselben bestimmt für jedes einzelne Gewerbegericht die Regierung die unterworfenen Betriebsarten (§§ 1, 3 l. c.), so daß z. B. militärische Betriebe nie dem Gewerbegerichte unterstellt werden dürfen. Gerichtsunterworfene Personen sind nur[15]) die gewerblichen Unternehmer und die Arbeiter. Das Gesetz definiert den Unternehmer nicht[16]) und verweist somit auf den Sprachgebrauch der Theorie, da jener des täglichen Lebens offensichtlich zu enge ist; Unternehmer sind somit Personen, die auf eigene Rechnung und nicht im Dienstverhältnisse für fremder Leute Bedarf mittels Betrieben Güter produzieren. Darnach sind Zwischenmeister, ohne Rücksicht darauf, ob sie Hilfsarbeiter beschäftigen,[17]) Unternehmer, wenn sie für Kunden arbeiten, sonst Hilfsarbeiter; analoges gilt von den Provisionsreisenden;[18]) Gesellschafter sind, auch wenn sie die Dienste von Hilfsarbeitern verrichten, nie „Arbeiter".[19]) Die Arbeiter zählt das Gewerbegerichtsgesetz taxativ auf; es sind folgende Gruppen: Werkmeister, Vorarbeiter, die in gewerblichen Betrieben beschäftigten nichtkaufmännischen Hilfsarbeiter[20]) (§ 73 Gew. O.) und Taglöhner, die Heimarbeiter,[21]) dann bei Handelsgewerben[22]) alle zu (wenn auch höheren) kaufmännischen[23]) Diensten verwendeten Angestellten[24]) (§ 5 l. c.); infolge dieser Bestimmung des Arbeiterbegriffes[25]) gewinnt die Abgrenzung der Zuständigkeit der Gewerbegerichte von jener anderer Gerichte etwas Willkürliches und bei der Schwierigkeit der Bestimmung im einzelnen Falle, ob jemand kaufmännische, technische oder gewerbliche Dienste leiste und ob er höhere gewerbliche Dienste leiste oder Hilfsarbeiter sei, etwas Schwankendes. Gerichtsunterworfen sind ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes die zwischen diesen Personen dieser Be-

[14]) Siehe Gew. Entsch. Nr. 353 (Singspielhallen); Nr. 350 (Versicherungsanstalten).

[15]) Gew. Entsch. Nr. 352 (mit anfechtbarer Bestimmung der Parteirolle).

[16]) A. M. Bloch S. 45.

[17]) Gew. Entsch. Nr. 326; a. M. Bloch S. 46.

[18]) Vergl. Gew. Entsch. Nr. 131; Felix Mayer, Mäkler und Agenten (G. Z. 1899 S. 28 ff.).

[19]) Gew. Entsch. Nr. 497.

[20]) Der Begriff der Hilfsarbeiter ist dem § 73 Gew. Ges. zu entnehmen: „die für höhere Dienstleistungen in der Regel mit Jahres- oder Monatsgehalt angestellten Individuen werden unter Hilfsarbeitern nicht begriffen"; nur fallen in Folge des § 5 d Gew. Ges. die kaufmännischen Hilfsarbeiter nicht unter die gewerblichen „Hilfsarbeiter" des § 5 b Gew. Ger. Ges. Vergl. Gew. Entsch. Nr. 248, 249, 330, 495; S. Grünberg S. 266, 278.

[21]) Gew. Entsch. Nr. 248 grenzt hier verständig ab; richtig auch Gew. Entsch. Nr. 351.

[22]) Gew. Entsch. Nr. 13, 42, 327, 328. — Warum nur bei diesen? Die Bestimmung erklärt sich, rechtfertigt sich aber nicht aus der Entstehungsgeschichte. Vergl. S. Grünberg a. a. O. S. 266.

[23]) Nicht auch zu technischen Diensten (warum?), wenn sie nicht gleichzeitig gewerbliche sind; ebensowenig zu advokatorischen; Gew. Entsch. Nr. 354.

[24]) „Personen" sagt § 5 l. c.; doch können nur Angestellte, nicht auch Mäkler und Agenten darunter verstanden sein.

[25]) Sigm. Grünberg a. a. O. S. 265 ff.; Gew. Entsch. Nr. 326, 327, 329, 330, 331. Vergl. auch Gew. Entsch. Nr. 332 (Zessionar eines Arbeiters).

triebe ex causa[26]) des Arbeitsverhältnisses unter Unternehmern und Arbeitern entstandenen Ansprüche,[27]) ferner jene Ansprüche der Arbeiter gegeneinander, welche ex causa der Übernahme einer gemeinsamen Arbeit durch Arbeiter desselben Unternehmers entstehen; Ansprüche der Unternehmer gegeneinander gehören nicht vor das Gewerbegericht (§ 4 l. c.). Die Verteilung der Parteirollen ist irrelevant.

Die sachliche Zuständigkeit des Gewerbegerichtes ist ausschließend und (zur Verhütung seiner Umgehung durch die Unternehmer) nicht prorogierbar (§ 3 l. c.), jederzeit von Amts wegen vom Gewerbegerichte wie von den anderen Gerichten[28]) zu wahren (§ 23 l. c.; § 477 Z. 3 Z. P. O.). Hat in concreto ein ordentliches Gericht sich als sachlich unzuständig erklärt und die Zuständigkeit der Gewerbegerichte ausgesprochen[29]) oder umgekehrt, so ist das hiemit für sachlich zuständig erklärte Gericht an diese Zuständigkeitserklärung gebunden (§ 24 l. c.), eine Norm, bestimmt, Zuständigkeitsstreitigkeiten abzuschneiden (siehe § 46 J. N.; unten § 55).

VI. Die Börsenschiedsgerichte[30]) sind zuständig für die Ansprüche aus Börsegeschäften (§ 12 Börsegeſ.), welche nur unter Börsemitgliedern oder Börsebesuchern vorkommen können; die Zuständigkeit ist keine ausschließliche, sondern es steht den Parteien die schriftliche Vereinbarung auf ein anderes Gericht frei (§§ 2, 6 Börsegeſ.), weshalb auch die Zuständigkeit des Börsenschiedsgerichtes vor den ordentlichen Gerichten nicht von Amts wegen zu wahren ist. Aber der umgekehrte Fall, die Prorogation auf das Börsenschiedsgericht steht nur in eingeschränktem Maße frei. An sich ist freilich nicht diese Beschränkung, sondern die Zulassung dieser Prorogation auf das Börsenschiedsgericht etwas Anormales, da es in der Regel eine Prorogation von ordentlichen auf Sondergerichte nicht gibt; immerhin mußte schon die Einschränkung der früher tatsächlich, wenn auch nicht rechtlich unbegrenzten Prorogationsmöglichkeit den Börseninteressenten mit Mühe abgerungen werden.[31]) Nun bestehen folgende unüberschreitbare Grenzen, welche sowohl zur Erschwerung des Börsespieles als auch zur Verminderung des Wirkungskreises dieser Laienrechtsprechung dienen:

---

[25]) Gew. Entsch. Nr. 335, 355, 356, 498 (die Entschädigungsansprüche aus Handlungen nach aufgelöstem Dienstverhältnisse gehören nicht vor die Gewerbegerichte).

[27]) Mögen es Leistungs- oder Feststellungsansprüche sein; auch Feststellungsanträge sind von den ordentlichen Gerichten abzuweisen. — Hieher gehört der Anspruch auf die Ausfolgung der Kaution (Gew. Entsch. Nr. 132), des Arbeitsbuches, Ansprüche, betreffend die Arbeiterwohnung (§ 4 lit. f l. c., den § 49 Z. 5 J. N. einschränkend); der Anspruch auf Zahlung einer Invaliditätsrente gegen den Arbeitgeber (Gew. Entsch. Nr. 476).

[28]) Nicht bloß von den ordentlichen Gerichten.

[29]) Ein solcher Ausspruch in der Sentenz ist eine Singularität für gleichgestellte Gerichte; sonst gehört dieser Ausspruch in die Entscheidungsgründe.

[30]) v. Lindheim, Schiedsgericht im modernen Zivilprozeß (1891); Horowitz, Verfahren vor den Börsenschiedsgerichten (1896); R. Pollak in Jur. Bl. 1895 Nr. 6 f.; sehr instruktiv v. Gorski in der Terminenquete (1900) S. 520 ff.

[31]) Siehe Art. XII des Entwurfes eines Einf. Ges. zur Z. P. O. und die Debatte in der Gesellschaft der Volkswirte in der Plener'schen Zeitschr.

a) das Statut des betreffenden Schiedsgerichtes muß Prorogationen zulassen;

b) die Zulässigkeit ist auf Warengeschäfte, und zwar in Waren beschränkt, die an der betreffenden Börse gehandelt werden dürfen;

c) die Prorogation[32]) muß schriftlich und vor Abwicklung des Geschäftes vereinbart werden (anders für die ordentlichen Gerichte § 104 J. N.) oder gegen protokollierte Kaufleute[33]) dadurch entstehen, daß diese einen die Prorogationsklausel tragenden, ihnen beim[34]) Vertragsabschlusse zukommenden Schlußbrief annehmen, ohne ihn oder[35]) die Klausel zu beanständen (siehe § 88 Abs. 2 J. N.);[36])

d) die Prozeßparteien müssen Mitglieder oder Besucher „einer" Börse oder eine Handelsgesellschaft,[37]) Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, ein Organ der öffentlichen Verwaltung sein oder sich berufsmäßig mit der Produktion, dem Handel oder der Verarbeitung gerade der den Prozeßgegenstand bildenden Waren befassen;[38]) gehört eine Partei den landwirtschaftlichen Berufskreisen an, so darf überdies das den Prozeßgegenstand begründende Warengeschäft nicht im offenbaren Mißverhältnisse zu ihrem landwirtschaftlichen Betriebe sein. Durch diese erhebliche Einschränkung wird die Heranziehung von Beamten, Handwerkern, Bauern zum Schiedsgerichte und damit auch ihre Heranziehung zum Börsespiele hintangehalten oder erschwert. Auf Ausländer finden diese Einschränkungen sub d (wenn das Börsestatut es so will) keine Anwendung;

e) die Prorogation darf nicht durch ein auf ihre Erzielung gerichtetes Kartell der Verkäufer herbeigeführt sein (Art. XIV, XXIII Einf. Ges. zur Z. P. O.).

Das Schiedsgericht hat seine Zuständigkeit bei der Klagerledigung zu prüfen (§ 41 J. N.), in der Verhandlung von Amts wegen nur bei Klagen auf Grund unzulässiger oder sonst ungültiger Prorogation[39]) (§ 43 J. N.), sonst auf Einwendung (Art. XXIII Einf. Ges. zur Z. P. O.). Seine rechtskräftige Unzuständigkeitserklärung bindet das ordentliche Gericht (Art. XXIV Einf. Ges. zur Z. P. O.); auch das Umgekehrte muß angenommen werden, da sonst eine Justizverweigerung vorläge (siehe § 46 J. N.). Seine unrichtige Erledigung der Einwendung der Unzuständigkeit und der Zuständigkeitsfrage, wo sie in der Verhandlung von Amts wegen zu prüfen ist, kann mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden (Art. XXIII Einf. Ges. zur Z. P. O.).

---

[32]) Im Art. XIV Einf. Ges. zur Z. P. O. unrichtig „Schiedsvertrag" genannt.

[33]) Pfaff-Schey Nr. 182. — Auch gegen protokollierte Handelsgesellschaften.

[34]) Arg. aus dem Wesen des Schlußbriefes.

[35]) Es muß nicht gerade die Klausel beanständet sein; Sternlicht in Jur. Bl. 1899 S. 308 ff.; a. M. Horowitz i. e. l. S. 320 ff. Siehe unten § 63.

[36]) Der Austausch von Schlußbriefen genügt auch bei Nichtprotokollierten zur Prorogation; Nowak III. Nr. 501.

[37]) Ob sie nun protokolliert ist oder nicht; denn sonst wären, da alle protokollierungspflichtig sind, gerade jene begünstigt, welche ihre Pflicht versäumen.

[38]) Nowak III. Nr. 504 (Bäcker kauft Kunstbutter).

[39]) Neumann, Komm. I. S. 50; wohl zu enge interpretiert Demelius S. 147.

VII. Arbeiterversicherungsschiedsgerichte. Jene der Unfallversicherungsanstalten sind (ausschließend) zuständig für die Entschädigungsansprüche gegen die Anstalt und für die Ansprüche der Krankenverbandskassen gegeneinander (§ 38 des Ges. vom 28. Dezember 1887 Nr. 1 ex 1888; § 39 des Ges. vom 30. März 1888 Nr. 33); jene der Krankenkassen für die Unterstützungsansprüche der Mitglieder (§ 41 des Ges. vom 30. März 1888 Nr. 33); jene der Bruderladen für alle Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnisse zwischen Mitgliedern und Provisionisten mit der Bruderlade und zwischen Bruderladen untereinander (§ 19 des Ges. vom 28. Juli 1889 Nr. 127; Gesetz vom 17. Jänner 1890 Nr. 14).

§ 47. Die ordentlichen Gerichte (allgemeines).

Es handelt sich hier um die sachliche Zuständigkeit des Erkenntnisverfahrens in erster Instanz. In erster Instanz sind primär die Landesgerichte zuständig; § 50 J. N. sagt dies zwar expresse nur für ihre Relation zu den Bezirksgerichten, aber es folgt aus der taxativen Aufzählung der §§ 49, 51—55 J. N.: nach dieser haben nämlich alle anderen Gerichtstypen als die Landesgerichte nur eine taxative Anzahl von Zuständigkeitsgründen.[1]) Nichtsdestoweniger ist tatsächlich nicht die Zuständigkeit der Landesgerichte die Regel; ihre primäre Zuständigkeit ist in Wahrheit eine kaum in Betracht kommende subsidiäre.[2]) Insbesondere begünstigt, österreichischen Traditionen und der Städteentwicklung des Landes folgend, das Gesetz die sachliche Zuständigkeit der Bezirksgerichte sowohl direkt (§ 49 J. N.) als auch indirekt (§§ 60, 96, 104 J. N.); infolgedessen liefen im Jahre 1900 bei den Bezirksgerichten und Bezirksgerichten für Handelssachen 1,294.097 Klagen, bei den Gerichtshöfen erster Instanz nur deren 126.919 ein.

Die regelmäßige Zuständigkeit ist somit jene der Bezirksgerichte und der Bezirksgerichte für Handelssachen, wobei diese jener vorangeht. Daran schließt sich die Zuständigkeit der Landesgerichte und der Handelsgerichte, Handels- und Bergrechtssenate, wobei diese (die sogenannte Kausalgerichtsbarkeit) die erstgenannte, jene der Handels- und der Bergrechtssenate einander ausschließen. Ziffermäßig ist das Verhältnis der Klagen der Kausalgerichtsbarkeit zu jenen der allgemeinen Gerichtsbarkeit vor den Bezirksgerichten nicht zu ermitteln; vor den Gerichtshöfen betrugen diese Kausalgerichtsbarkeitsklagen 98.046 von im ganzen 126.919, was allerdings durch die 93.190 Wechselklagen bewirkt wird.

Das Vorrangsverhältnis der die sogenannte Kausalgerichtsbarkeit ausübenden Bezirksgerichte für Handelssachen,[3]) Handelsgerichte,

[1]) Die Retorsion ist kein sachlicher Zuständigkeitsgrund, wie die ratio und Stellung des § 101 J. N. im Gesetze ergeben; Demelius S. 114; Neumann, Komm. I. S. 1238; a. M. Horten S. 309.

[2]) Winkler, Zivilprozeß- und Exekutionsverfahren 1898—1900 (1902).

[3]) Auch diese geht jener der Landesgerichte vor.

Handels- und Bergrechtssenate gegenüber den die sogenannte allgemeine Gerichtsbarkeit ausübenden Bezirks- und Landesgerichten wird im folgenden nicht neuerlich hervorgehoben werden, sondern nur seine Ausnahmen. Über seine Wahrung von Amts wegen und auf Antrag siehe §§ 72, 73.

§ 48. Die Bezirksgerichte.

I. Ihre Zuständigkeit regelt sich nach drei Grundgedanken: nach der Höhe des Streitwertes; nach der Qualität der Ansprüche ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes; nach der Zuständigkeit der Bezirksgerichte für Handelssachen. Die erste Gruppe von Ansprüchen ist wegen des geringen Streitwertes (siehe S. 213), die zweite wegen ihrer Einfachheit oder Dringlichkeit den Bezirksgerichten zugewiesen, weil diese der Bevölkerung durchschnittlich leichter erreichbar sind als die Gerichtshöfe, und weil bei ihnen der Anwaltszwang entbehrt werden kann. Die dritte Gruppe wird nur dort den Bezirksgerichten zugewiesen, wo es keine Bezirksgerichte für Handelssachen gibt, und das beruht auf der Tatsache, daß die Sprengel der letztgenannten Gerichte durchaus nicht lückenlos das Reich erfüllen, und daß doch auch für diese Lücken die Zuständigkeit der vor die Bezirksgerichte für Handelssachen gewiesenen Ansprüche geordnet sein muß.

II. Die erste Gruppe besteht aus den rein vermögensrechtlichen (arg. § 50 Z. 3 J. N.) Ansprüchen von höchstens 1000 K, insofern diese nicht ausdrücklich vor andere Gerichtstypen verwiesen sind (§ 49 J. N.).

III. Die zweite Gruppe umfaßt die nachfolgend taxativ aufgezählten Ansprüche ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes:

a) Prozesse über die Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde, über die gesetzlichen (nicht auch die vertragsmäßigen) Pflichten des Vaters gegen Mutter und Kind[1]) (§ 49 Z. 2 J. N.); auch wenn der Anspruch auf einem Urteile beruht, welches lediglich diese gesetzliche Pflicht (z. B. die Paternität) feststellt, oder auf einem auf diese gestützten privaten Vergleiche, so besteht diese Zuständigkeit;[2]) die Frage, ob in concreto solche Ansprüche auf den Rechtsweg gehören oder im Verfahren außer Streitsachen auszutragen sind (etwa weil der Fall des § 2 P. 7 des kais. Pat. vom 9. August 1854 Nr. 208 nicht vorliegt), entscheidet § 49 Z. 2 J. N. natürlicherweise nicht. Auf Ansprüche zwischen der Mutter, dem Vormunde und dem Kinde bezieht die Norm sich nicht; ebensowenig auf solche wider den Vater nach § 1042 a. b. G. B., da für diese nicht der Rechtsgrund der Vaterschaft besteht.[3]) Dagegen gehört der Anspruch des außer-

[1]) J. Ph. Mayer in G. Z. 1900 S. 223 f.; Max Pollak, Der Gerichtsstand des § 49 Z. 2 J. N. (G. Z. 1901 S. 275 ff.); vergl. auch Art. XVI Einf. Ges. zur J. N.; O. G. H. vom 3. Dezember 1901 Z. 16387, in G. Z. 1902 S. 187.

[2]) A. M. Horten S. 215. Siehe S. 14 Anm. 29.

[3]) Judik. Buch Nr. 81; M. Pollak S. 275; Horten S. 215; a. M. Neumann I. S. 166.

ehelichen Vaters auf Herabminderung oder Aufhebung seiner Alimentationspflicht vor das Bezirksgericht;

b) Prozesse über die Grenzbestimmung und -Berichtigung unbeweglicher Güter, mag es sich um eine Neubestimmung oder um die Feststellung bestehender Grenzen handeln[4]) (§ 49 Z. 3 J. N.);

c) Prozesse über das Ausgedinge und über die Wohnungsdienstbarkeit (§ 49 Z. 3 J. N.), nicht auch über andere Servituten;

d) Besitzstörungsprozesse bei beweglichen und unbeweglichen Gütern (§§ 49 Z. 4, 81 J. N.);

e) Bestandprozesse[5]) und solche aus § 1103 a. b. G. B., wenn nicht der Bestand oder Nichtbestand[6]) des Vertrages oder die Zinszahlung den Anspruchsgegenstand bildet[7]) (§ 49 Z. 5 J. N.); in diesen Ausnahmsfällen richtet sich die Zuständigkeit nach dem Streitwerte.[8]) Unter die Regel fallen sowohl Feststellungs- als Leistungsklagen,[9]) Kündigungs-, Übernahms- und Übergabsprozesse, solche wegen Erhaltung des Bestandgegenstandes,[10]) wegen Rückstellung der zurückbehaltenen Fahrnisse,[11]) auch wenn sie von anderen Personen als den Kontrahenten des Bestandvertrages erhoben werden (§ 49 Z. 5 J. N.). Irrelevant ist, ob das Bestandstück beweglich oder unbeweglich, ob für den Anspruch das Bestandverfahren anwendbar ist,[12]) ob der Bestandvertrag bei der Klageerhebung noch besteht. Über Seeschiffsmiete siehe S. 266, Arbeiterwohnungen S. 257 Anm. 27, Bergwerke S. 272 b;

f) Dienstprozesse,[13]) das sind Prozesse ex causa des Dienst- und Lohnvertrages, in denen ein Arbeitgeber und ein Arbeitnehmer in beliebigen Parteirollen einander gegenüberstehen. Die Feststellung des Arbeiterbegriffes hier ist eine andere als beim Gewerbegerichtsgesetze, woraus sich bedauerliche Schwierigkeiten ergeben. Man muß hier folgendermaßen unterscheiden: 1. Dienstbotenverhältnis; als Dienstboten sind nur die dienenden

[4]) A. M. Horten S. 215. Siehe S. 14.

[5]) Rosenblatt, Zur Kompetenzfrage des § 49 Z. 5 J. N. (G. Z. 1899 Nr. 26).

[6]) Hierunter fallen Klagen auf die sofortige Auflösung des Vertrages; Pfaff-Schey Nr. 498; a. M. Spr. Rep. Nr. 170 (die Klage auf Auflösung des Bestandvertrages gehöre stets vor die Bezirksgerichte, weil der Bestand des Vertrages hier nicht den Prozeßgegenstand, sondern nur eine Voraussetzung des Klageanspruches bilde); widerspruchsvoll Z. E. Nr. 293 (für Klagen auf Vertragsauflösung nach § 934 a. b. G. B. richte sich die Zuständigkeit nach dem Streitwerte, solche nach § 1117 a. b. G. B. gehörten stets vor das Bezirksgericht).

[7]) Pfaff-Schey Nr. 275; a. M. Z. E. Nr. 35.

[8]) Pfaff-Schey Nr. 498.

[9]) A. M. für das etwas anders formulierte deutsche Recht Wach I. S. 353 Anm. 8.

[10]) Pfaff-Schey Nr. 374.

[11]) Über die materiellrechtliche Bedeutung dieser Norm siehe Krainz I. § 275 Anm. 15; Tilsch S. 266.

[12]) Neumann, Komm. I. S. 1166; Z. E. Nr. 163.

[13]) R. Pollak im Arch. für soziale Gesetzgebung IX. S. 155 ff.; derselbe, „Dienststreitigkeiten" (im Österr. Staatswörterbuch I.); Sigmund Grünberg in G. Z. 1901 S. 265 ff.

Hausgenossen des Dienstgebers anzusehen;[14]) 2. Land- und Forstwirtschaft; hier sind die Hilfsarbeiter einschließlich der Taglöhner Arbeiter; 3. Seeschiffahrt;[15]) hier ist die gesamte, auch nicht Seedienst tuende Schiffsmannschaft einschließlich der Offiziere,[16]) jedoch mit Ausnahme des Kapitäns (Schiffers; arg. § 98 J. N.) Arbeiter (siehe auch S. 266); 4. Militärische Etablissements, Bergwerke und nicht gewerbliche Betriebe; hier sind die „Werkführer,[17]) Gehilfen, Arbeiter und Lehrlinge" Arbeiter (§ 49 Z. 6 J. N.); 5. Gewerbliche Betriebe; hier sind nur die gewerblichen Hilfsarbeiter Arbeiter,[18]) weil § 49 Z. 6 J. N. durch § 37 Gew. Ger. Ges. abgeändert ist. Das Resultat ist sehr unbefriedigend, da der Arbeiterbegriff ohne sachliche Begründung wechselt; es wird durch die weitere Komplikation nicht befriedigender, daß ad 1, 2, 4 vor der gerichtlichen für die Dauer des Dienstvertrages und eine kurze Zeit nach seinem Ende die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden eintritt, ad 3 und 5 aber nicht;

g) Prozesse ex recepto cauponum, nautarum et stabulariorum, also ohne Berücksichtigung der Parteirollen solche zwischen diesen Personen (Reedern [siehe aber S. 266], Flößern, Frachtführern, Fuhrleuten, Wirten, dagegen nicht Spediteuren und Kapitänen proprio nomine) und ihren „Auftraggebern, Reisenden und Gästen" (§ 49 Z. 7 J. N.). Als Reisende sind auch solche von Beruf, wie Kutscher und Kondukteure anzusehen, wenn sie nicht als Angestellte des caupo, nauta oder stabularius den Anspruch erheben; dann gälte lit. f. Ob das receptum im Zeitpunkte der Klagerhebung noch besteht, ist gleichgültig; ebenso, ob die Reise in diesem Zeitpunkte beendet ist, da das Gesetz nicht unterscheidet;

h) Viehmängelprozesse (§ 49 Z. 8 J. N.);[19])

i) Prozesse der Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigten (nicht auch des Kurators) wegen Gebühren und Auslagen wider ihren Mandanten, wenn der Hauptprozeß bei einem Bezirksgerichte anhängig ist oder war,[20]) und wenn die neue Klage bei diesem Bezirksgerichte angebracht wird (§ 94 J. N.; siehe § 65); ex ratione legis steht diese Zuständigkeit auch dem Mandanten für seine Feststellungsklage über denselben Prozeßgegenstand zu Gebote;

k) Hauptinterventionsprozesse, wenn der Vorprozeß beim Bezirksgerichte streithängig, Widerklagen, wenn er es dort in erster Instanz ist;

l) die mit der Hypothekarklage verbundene Zahlungs- und die

[14]) Weiter als der Begriff der „Dienstboten" ist jener der „Dienstpersonen"; siehe §§ 683, 1032 (?), 1314 a. b. G. B.; Pfaff-Schey Nr. 1225.

[15]) Die Beschränkung auf die Meeresschiffahrt (hiefür auch Horten S. 228) ergibt sich nicht nur arg. §§ 51, 52 J. N., sondern auch daraus, daß die Binnenschiffahrt ein Frachtführergeschäft ist.

[16]) A. M. Horten S. 228.

[17]) Über diesen Terminus siehe § 73 Gew. O.; S. Grünberg S. 265 f.; Mataja, Grundriß des Gewerberechtes S. 60.

[18]) S. Grünberg S. 267; a. M. Neumann, Komm. I. S. 1167. Vergl. S. 256.

[19]) Sie gehören nie vor die Bezirksgerichte für Handelssachen, da sie in der taxativen Aufzählung des § 52 J. N. fehlen; Neumann, Komm. I. S. 1169.

[20]) Ratione legis auf das Verfahren außer Streitsachen einschließlich des Konkurses, aber nicht auf Strafsachen auszudehnen.

mit der Löschungsklage verbundene negative Feststellungsklage[21]) ohne Rücksicht auf den Streitwert der Zahlungs- oder Feststellungsklage[22]) dann, wenn der Pfandwert 1000 K nicht übersteigt, die Klage beim Gerichtsstande der belasteten Sache erhoben wird und beide Ansprüche gegen denselben Beklagten gerichtet sind (§§ 91, 95 J. N.; siehe § 52 III a); für Klagen auf rückständige Realleistungen besteht dieser sachliche Zuständigkeitsgrund nicht;[23])

m) Prozesse, die während und ex causa eines Exekutionsverfahrens zwischen betreibenden Gläubigern, Verpflichteten, Verwahrern und Verwaltern[24]) in beliebiger Kombination entstehen, wenn als Exekutionsgericht (was die überwiegende Regel ist) ein Bezirksgericht[25]) einschreitet[26]) (§ 17 E. O.). Die ratio legis für diese weitgehende Attraktionszuständigkeit ist, daß diese Prozesse mit möglichst geringer Gefährdung des Exekutionsverfahrens durch das sachlich am besten informierte Gericht entschieden werden mögen: der Zuständigkeitsgrund beginnt darum mit dem Beginne des Exekutionsvollzuges und endet mit der Beendigung der Exekution, z. B. erst mit der Durchführung des Meistbotsverteilungsbeschlusses;[27]) er ist nicht dadurch bedingt, daß die Prozeßentscheidung für den Lauf der Exekution präjudiziell wirke.[28]) Beispiele hieher gehörender Klagen: Anfechtungsprozesse, die auf die Aufhebung eines Exekutionsaktes gerichtet sind;[29]) Klagen nach §§ 37,[30]) 38, 232,[31]) 258,[32]) 368[33]) E. O. Nicht hieher gehören Prozesse, welche nur ex occasione des Exekutionsverfahrens entstehen,[34]) z. B. Klagen nach §§ 301,[35]) 308,[36]) 314 E. O., Klagen des Zwangsverwalters gegen die

[21]) Schauer, Zur Frage des Gerichtsstandes der belasteten Sache (G. Z. 1896 Nr. 41); Bežek, Über den Gerichtsstand der belasteten Sache (Zeitschr. f. Not. 1898 Nr. 41); Z. E. Nr. 317.

[22]) Judik. Buch Nr. 149; a. M. die frühere Entsch. Pfaff-Schey Nr. 159.

[23]) Trotz der undeutlichen Textierung des § 95 J. N.; das arg. ex § 81 J. N. ist unabweisbar; Horten S. 297; a. M. Demelius S. 104.

[24]) Diese einschränkende Auslegung des § 17 E. O. ist nach seiner ratio unerläßlich; a. M. Neumann, E. O. S. 28. Wie kann es z. B. gerechtfertigt werden, den Drittschuldner vor das Exekutionsgericht zu ziehen?

[25]) Natürlicherweise ein inländisches; a. M. Pfaff-Schey Nr. 372, wenn das Exekutionsgericht im Auslande ist; aber in diesem Falle fehlt die österreichische Entscheidungsgewalt, falls kein anderes Forum zur Verfügung steht.

[26]) Neumann, E. O. S. 28, 93, 133; Brügel, Die Kompetenzvorschrift des § 17 E. O. (G. H. 1900 S. 439 f.); Melzer, Die Kompetenzvorschrift des § 17 E. O. (G. H. 1900 S. 225; einschränkend); v. Fürstl II. S. 55 (bezieht den § 17 E. O. überhaupt nicht auf das Erkenntnisverfahren); v. Czoernig S. 18; Pfaff-Schey Nr. 1138; Z. E. Nr. 129; Fellner-Ohmeyer Nr. 58—62, 80.

[27]) Z. E. Nr. 375.

[28]) A. M. Melzer a. a. O.

[29]) Z. E. Nr. 129, 375; R. Pollak, Konkursrecht S. 365 f.

[30]) Fellner-Ohmeyer Nr. 77—81; Pfaff-Schey Nr. 644. — Einschränkend ausgelegt von Skedl I. S. 254.

[31]) Pietsch in G. Z. 1901 S. 358.

[32]) Z. E. Nr. 147; vergl. Fischböck, Zur Interpretation des § 1101 a. b. G. B. (Jur. Bl. 1901 S. 617).

[33]) Konkurrierend mit den sonstigen Zuständigkeitsgründen.

[34]) A. M. Pfaff-Schey Nr. 156.

[35]) Weißkopf in G. Z. 1901 S. 148; v. Fürstl II. S. 55 (mit nicht zutreffender Begründung); a. M. Neumann, E. O. S. 28; v. Czoernig S. 28.

[36]) A. M. Brügel a. a. O.

Schuldner des Verpflichteten, ferner kraft positiver Normen die Klagen nach §§ 35, 36 E. O., Art. XVII, XXIX, XXX Einf. Ges. zur E. O.;

n) Prozesse nach Art. XVII,[37]) XXIX, XXX Einf. Ges. zur E. O., §§ 35, 36 E. O. vor und nach, jene nach § 37 E. O. nur vor Beginn des Exekutionsvollzuges, wenn das Prozeßgericht — genauer: das zur Exekutionsbewilligung zuständige Gericht — ein Bezirksgericht war[38]) (§§ 33, 38 E. O.);

o) Widerspruchsklagen gegen politische Exekutionen (Art. III Einf. Ges. zur E. O.), wodurch die frühere, damals gesetzwidrige Praxis[39]) zum Rechte erhoben ist;

p) Erbteilungsprozesse, falls ein Bezirksgericht das Abhandlungsgericht ist oder war (§ 77 J. N.);

q) Wiederaufnahmsklagen nach § 530 Z. 1—3, 5—7 Z. P. O., wenn (allein oder auch) das Urteil eines Bezirksgerichtes vom Wiederaufnahmsgrunde betroffen ist;[40]) Wiederaufnahmsklagen nach § 530 Z. 4 Z. P. O. und Nichtigkeitsklagen, wenn nur das Urteil des Bezirksgerichtes angefochten ist (§ 532 Z. P. O.).

In den Fällen i, k, l und in jenem des § 368 E. O. ist der Zuständigkeitsgrund kein ausschließender.

IV. Die Bezirksgerichte außerhalb von Wien, Prag und Triest haben noch die übrige, den Bezirksgerichten für Handelssachen zugewiesene sachliche Zuständigkeit (arg. § 52 J. N.); sie vereinigen dann die Zuständigkeit beider Typen. Nach außen hin kommt das nicht zum Ausdrucke,[41]) wohl aber bleiben die beiden Zuständigkeiten nebeneinander bestehen; die Beschränkungen, welche die Kausalzuständigkeit der allgemeinen bereitet, gelten auch in diesem Falle.[42])

V. Klagen auf Aufhebung der Schiedssprüche, die auf einen der Fälle des § 595 Z. P. O. gestützt werden (§ 596 Z. P. O.), gehören hierher, wenn ohne Rücksicht auf den Schiedsvertrag das Bezirksgericht nach II, III oder IV für den Prozeß zuständig gewesen wäre; unter derselben Voraussetzung die auf §§ 582, 583 Z. P. O. gestützten Anträge. Werden die Klagen auf die Art. XXIX, XXX Einf. Ges. zur E. O. gestützt: siehe III o.

§ 49. Die Bezirksgerichte für Handelssachen.

I. Sie stehen zu den Handelsgerichten in einem ähnlichen Verhältnisse wie die Bezirksgerichte zu den Landesgerichten. Ihre Zuständigkeit

---

[37]) Pfaff-Schey Nr. 968; eine eigentümliche Komplikation behandelt Pfaff-Schey Nr. 1033.

[38]) Vergl. Pfaff-Schey Nr. 584.

[39]) Judik. Buch Nr. 78; v. Schrutka, Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung II. S. 6 ff.

[40]) Z. E. Nr. 354; siehe auch die in Z. E. Nr. 223 behandelte seltsame Komplikation bei einer auf § 530 Z. 7 Z. P. O. gestützten Wiederaufnahmsklage.

[41]) § 446 Z. P. O. hat damit nur insofern zu tun, als die Existenz der Bezirksgerichte für Handelssachen das Motiv seiner Entstehung war; siehe § 69.

[42]) Wichtig für Dienstprozesse.

stellt sich als ein Ausschnitt aus jener der Handelsgerichte dar. Auch hier zerfallen die Zuständigkeitsgründe in zwei Gruppen, je nachdem der Streitwert eine Rolle spielt oder nicht (§ 52 J. N.).

II. Die erste Gruppe betrifft Fälle mit einem Streitwerte von höchstens 1000 K, und zwar folgende taxativ genannte Fälle:

a) Prozesse, bei denen das dem Anspruche zugrunde liegende Geschäft[1]) auf Seite des Beklagten[2]) oder seines Rechtsvorgängers ein Handelsgeschäft war, und bei denen der Beklagte im Zeitpunkte der Klagerhebung (arg. § 29 J. N.) ein protokollierter Kaufmann[3]) oder eine registrierte Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft ist[4]) (§ 52 Z. 1 J. N.); daß jemand öffentlicher Gesellschafter einer protokollierten Handelsgesellschaft ist, macht ihn zu einem protokollierten Kaufmann, „dessen" Firma registriert ist,[5]) nicht aber der Umstand, daß jemand protokollierungspflichtig ist; im zweiten Falle ist also die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes für Handelssachen nicht gegeben. Das frühere Recht knüpfte die Zuständigkeit lediglich an die Qualifikation eines Geschäftes als Handelsgeschäft und verquickte hiedurch häufig die Zuständigkeits- mit der Hauptfrage. Diese Abgrenzung war zwar logisch korrekt, aber zweckwidrig; das geltende Recht bedeutet dem gegenüber einen erheblichen Fortschritt, indem es im wesentlichen[6]) (Art. 273, 274 H. G. B.) die Zuständigkeit an das sinnfällige Moment der Protokollierung knüpft und hiedurch Zuständigkeitsstreitigkeiten abschneidet. Freilich hat diese Verbesserung gleichzeitig die Existenzberechtigung dieser Gerichtstype und jene der Handelsgerichte untergraben, da nun diese nicht mehr allein oder hauptsächlich das Handelsgesetzbuch anwenden, somit nicht mehr als hiezu besonders qualifiziert gelten können;

b) Prozesse aus der Veräußerung eines bestehenden Handelsgewerbes und solche über das Recht zur Führung einer Firma oder einer bestimmten Firma (§ 39 Einf. Ges. zum H. G. B.);

c) Prozesse ex causa der Vereinigung zwischen Gesellschaftern[7]) nach dem Handelsgesetze[8]) (einschließlich der stillen Gesellschafter und Syndikatsteilnehmer) in beliebiger Kombination, auch mit der Gesellschaft, und ohne Rücksicht darauf, ob die Vereinigung noch[9]) besteht (§ 39 Einf. Ges. zum H. G. B.);

---

[1]) Z. B. das angefochtene Geschäft; a. M. Horten S. 221; Jaeger, Konkursordnung S. 227.

[2]) Ob der Beklagte beim Geschäftsabschlusse protokolliert war, ist irrelevant; a. M. Neumann, Komm. I. S. 1172.

[3]) Die vom Staate betriebenen Eisenbahnen sind nicht protokolliert, haben daher diese Zuständigkeit nicht; a. M. Nowak III. Nr. 385, wo die Tatsache der Nichtprotokollierung zwar erklärt, aber nicht beiseite geschafft werden kann.

[4]) Ob unter der „Firma" geklagt wird, ist irrelevant.

[5]) Pfaff-Schey Nr. 1133; O. G. H. vom 25. Juni 1902 Z. 8890 (in Jur. Bl. 1902 S. 564).

[6]) Leider nicht völlig, da ein Kaufmann auch Nichthandelsgeschäfte abschließt.

[7]) Auch zwischen den Vorstehern und Liquidatoren von Gesellschaften des Handelsrechtes; ebenso zwischen den Aktionären untereinander.

[8]) Ebenso zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber des Handelsgewerbes.

[9]) Aber sie muß „schon" bestehen; § 39 Einf. Ges. zum H. G. B.

d) Prozesse ex causa des Rechtsverhältnisses der Kaufleute zu ihren kaufmännischen Bevollmächtigten und jenen Hilfsarbeitern,[10]) welche nicht unter den Arbeiterbegriff des Gewerbegerichtsgesetzes fallen[11]) (§ 5 Gew. Ger. Ges.; siehe S. 256 f.), und welche nicht bloß Gesindedienste verrichten. Diese Zuständigkeit in Dienstprozessen — um eine solche handelt es sich im wesentlichen — ist durch den Streitwert begrenzt, also geringer als die parallele der Gewerbegerichte und Bezirksgerichte; umfaßt aber unter Umständen mehr Personen als diese. Die Verteilung der Parteirollen ist irrelevant; doch gehören Streitigkeiten der Kaufleute untereinander[12]) ebensowenig hieher als solche der Gehilfen untereinander;

e) Prozesse Dritter gegen die sub d genannten Bevollmächtigten und Gehilfen als Beklagte nach den Art. 55, 59 H. G. B. (§ 39 Einf. Ges. zum H. G. B.; § 52 Z. 2 J. N.);

f) Prozesse ex causa der Berufsgeschäfte der Mäkler, Wäger und Messer u. dergl. Personen, mag diese Person oder ihr Auftraggeber Beklagter sein (§ 39 Einf. Ges. zum H. G. B.; § 52 J. N.).

In den Fällen b—e ist es irrelevant, ob der Beklagte handelsgerichtlich protokolliert ist.

III. In den folgenden taxativ aufgezählten Fällen ist das Gericht ohne Rücksicht auf den Streitwert zuständig:

a) Prozesse ex causa der Seeschiffsmiete, des Seefrachtgeschäftes und des Dienstverhältnisses der Schiffsmannschaft von Seeschiffen (siehe S. 261 f.);

b) Prozesse der Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigten und ihrer Mandanten wie sub § 48 III i;

c) Hauptinterventionsprozesse und Widerklagen wie sub § 48 III k;

d) Wiederaufnahms- und Nichtigkeitsklagen wie sub § 48 III q;

e) Prozesse der Kaufleute mit ihren Handlungsgehilfen, welche nach § 5 lit. d Gew. Ger. Ges. vor das Gewerbegericht gehören würden, wenn in concreto keines der bestehenden Gewerbegerichte für sie zuständig ist (§ 37 Gew. Ger. Ges.), eine eigentümliche Divergenz hinsichtlich des Streitwertes zu den sub II d genannten Prozessen;

f) Prozesse nach §§ 35, 36 E. O.[13]) vor und nach, und jene nach § 37 E. O. vor der Exekutionsbewilligung, falls dieses Gericht Prozeßgericht war;

g) die im § 48 sub III l genannten Klagen, wenn der Beklagte ein protokollierter Kaufmann und das Geschäft auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist.[14])

---

[10]) Sie müssen „im Gewerbe" des Kaufmannes angestellt sein; ein Fabriksarzt fällt nicht darunter; a. M. Horten S. 223. — Die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden bleibt natürlicherweise unberührt.

[11]) Sigm. Grünberg a. a. O. S. 267; a. M. Horten S. 223.

[12]) Z. B. mit Agenten (Horten S. 223), wenn nicht bloß die unrichtige Benennung eines Gehilfen als Agenten vorliegt.

[13]) Die Fälle der Art. XVII, XXIX und XXX Einf. Ges. zur E. O. können hier nicht vorkommen.

[14]) Z. E. Nr. 317.

Es ist in den Fällen a—f irrelevant, ob der Beklagte protokolliert ist.

IV. Klagen und Anträge nach §§ 582, 583, 596 Z. P. O. (siehe § 48 III) gehören hieher, wenn der Schiedsvertrag einen der sub II, III genannten Fälle betraf.

V. Anhang. In den sub II, III und IV genannten Fällen ist das Gericht auch zur Erlassung des Zahlungsbefehles im Mahnverfahren zuständig (Art. XXVIII Einf. Ges. zur Z. P. O.).

§ 50. Die Landesgerichte.

I. Die Landesgerichte, welche mit ihren Sprengeln lückenlos das Reich erfüllen, fungieren als Gerichte erster und zweiter Instanz. Hier kommt nur ihre Funktion in erster Instanz in Frage; über jene in zweiter Instanz siehe § 69. Ihre Zuständigkeit in erster Instanz ist zum Teile eine subsidiäre, zum Teile eine ausschließliche, zum Teile eine fakultative; der Streitwert spielt dabei tatsächlich, aber nicht rechtlich eine Rolle.

II. Die subsidiäre Zuständigkeit besteht für alle Prozesse, welche nicht ausdrücklich irgend einer anderen Gerichtstype zugewiesen sind (§ 50 J. N.); dies nennt das Gesetz an einer Stelle (§ 46 Abs. 3 J. N.) die „allgemeine Gerichtsbarkeit". Dieser § 50 J. N. schließt die sachliche Zuständigkeitsordnung lückenlos[1]) und stellt wenigstens formell die Landesgerichte an die Spitze der Zuständigkeitsordnung. Im wesentlichen gehören nach ihm hieher rein vermögensrechtliche Prozesse mit einem Streitwerte von mehr als 1000 K.

III. Die ausschließliche Zuständigkeit der Landesgerichte besteht ohne Rücksicht auf den Streitwert, also auch bei einem solchen unter 1000 K, in folgenden taxativ genannten Fällen, in denen die Zuständigkeit des Landesgerichtes auch dort jener des Handelsgerichtes vorangeht, wo diese nach sonstigen Regeln eintreten könnte:

a) Prozesse über die Anerkennung oder Bestreitung der ehelichen Geburt (§ 50 Z. 1 J. N.);

b) Prozesse über die Scheidung, Trennung und Ungültigkeitserklärung der Ehe (§ 50 Z. 2 J. N.), ein Zuständigkeitsgrund, der im Zivilprozesse eine geringere Rolle als im Verfahren außer Streitsachen spielt (siehe S. 111 ff.);

c) Prozesse über nicht rein vermögensrechtliche Ansprüche aus dem gegenseitigen Verhältnisse der Ehegatten und dem Verhältnisse zwischen Eltern (einschließlich der Wahleltern) und ihren Kindern[2]) (§ 50 Z. 3 J. N.), insoweit sie nicht nach § 49 Z. 2 J. N. vor das Bezirksgericht verwiesen sind;[3])

---

[1]) Darum beschränkt sich § 28 J. N. auch auf die örtliche Zuständigkeit.

[2]) Auch Enkeln; arg. § 42 a. b. G. B.

[3]) Mit diesen Zuständigkeitsnormen ist der Zivilprozeß vom Verfahren außer Streitsachen nicht abgegrenzt, sondern diese Abgrenzung ist vorausgesetzt.

d) Prozesse aus dem Fideikommißverhältnisse und dem Lehensverhältnisse (§§ 50 Z. 4, 5, 78 J. N.); der erstgenannte Zuständigkeitsgrund geht jenem des Nachlasses vor, dagegen nicht jener des Lehensverhältnisses (arg. § 78 Abs. 2 J. N.);

e) Prozesse, in denen Ersatzerkenntnisse angefochten werden, welche von den Behörden des Heeres und der Kriegsmarine auf administrativem Wege gefällt wurden (Art. XI Einf. Ges. zur Z. P. O.; § 2 des Ges. vom 6. Juni 1887 Nr. 72);

f) die im § 48 III m genannten Prozesse, die während und ex causa eines Exekutionsverfahrens sich ergeben, falls ein Landesgericht das Exekutionsgericht ist; für die Klage nach § 368 E. O. ist der Zuständigkeitsgrund nur ein fakultativer; siehe S. 263;

g) Widerspruchsklagen nach § 37 E. O., die vor Beginn des Exekutionsvollzuges erhoben, und Klagen nach Art. XVII, XXIX, XXX Einf. Ges. zur E. O.;[4]) nach §§ 35, 36 E. O., alles, wenn ein Landesgericht zur Exekutionsbewilligung zuständig ist; siehe § 48 III n;

h) Erbteilungsprozesse, wenn ein Landesgericht als Abhandlungsgericht fungiert oder fungierte (§§ 77, 105, 107 J. N.);

i) Wiederaufnahms- und Nichtigkeitsklagen wie sub § 48 III r.

IV. Klagen und Anträge nach §§ 582, 583, 596 Z. P. O., betreffend einen Schiedsvertrag und Schiedsspruch, gehören hieher wie sub § 48 V.

V. Eine Mittelstellung nehmen die Konkursprozesse ein,[5]) falls ein Landesgericht als Konkursgericht einschreitet (Art. VII Einf. Ges. zur J. N.); sie „gehören" dann vor dieses. Diese Attraktionszuständigkeit ergreift (sachlich und örtlich, ebenso wie jene des Exekutionsgerichtes und aus ähnlichen Gründen) folgende ex causa des Konkurses entstehende Passivprozesse: die Liquidierungsprozesse, insoweit sie vor Gericht (wenn auch vor Sondergerichte) gehören (§§ 126—128 K. O.); die Prozesse der Rückforderungsberechtigten, Masse- und Realgläubiger, insoweit sie nicht vor die Gerichte der §§ 53, 81, 83 J. N.[6]) gehören (§ 138 K. O.); die Prozesse hinsichtlich des Zwangsausgleiches (§§ 223, 234, 236, 242 K. O.). Die Zuständigkeit ist aber keine[7]) ausschließliche im technischen Sinne (verbis: „in der Regel" § 138 K. O.), sondern eine privilegierte für Passivprozesse des Gemeinschuldners hinsichtlich der Konkursmasse,[8]) welche konsequenterweise überall zurücksteht, wo das forum domicilii weichen würde,[9]) z. B. sachlich und örtlich vor jener des Exekutionsgerichtes,

[4]) Sie können fast nur bei ausländischen Exekutionstiteln vorkommen; arg. § 4 Z. 6 E. O.

[5]) R. Pollak, Konkursrecht S. 90 ff.; 286, 432; Horten S. 30 f.; die Judikatur in Friedlaenders Ausgabe der Konkursordnung.

[6]) Spr. Rep. Nr. 114, nur mehr richtig für die nach § 49 Z. 5 J. N. den Bezirksgerichten zugewiesenen Bestandprozesse; Horten S. 277; a. M. Z. E. Nr. 6, 91.

[7]) Spr. Rep. Nr. 84; Gl. U. Nr. 7292; R. Pollak S. 286 f.; zweifelhaft Horten S. 30.

[8]) Gl. U. Nr. 7421, 8628.

[9]) Spr. Rep. Nr. 84 (Gerichtsstand des Erfüllungsortes), Nr. 114 (in Bestandsachen).

örtlich vor jener des Erfüllungsortes (§ 88 J. N.). Die Zuständigkeit beginnt mit der Konkurseröffnung und dauert bis zur Konkursaufhebung; nur für die Klagen nach den §§ 234, 236, 242[10]) K. O. hinsichtlich des Zwangsausgleiches bleibt das Konkursgericht auch nach der Konkursaufhebung zuständig (§ 237 K. O.).

Die Attraktion des Konkursgerichtes ergreift auch die schon anhängigen Passivprozesse des Gemeinschuldners hinsichtlich der Konkursmasse, die im Zeitpunkte der Konkurseröffnung noch in erster Instanz nicht durch eine Endentscheidung erledigt sind (§ 7 K. O.; Art. VII Einf. Ges. zur J. N.).

VI. Fakultativ ist das Landesgericht in folgenden, taxativ aufgezählten Fällen zuständig:

a) Prozesse von einem oder gegen einen Einzelrichter, wenn jenes Bezirksgericht sachlich (und örtlich) zuständig wäre, welchem der Einzelrichter angehört; Prozesse von einem oder gegen einen Gerichtsvorsteher, wenn der Prozeß vor ein demselben untergeordnetes Bezirksgericht gehört (§ 79 J. N.). Nur wenn diese bezirksgerichtliche Zuständigkeit eine sachlich (und örtlich) ausschließende ist, wird aus dieser fakultativen eine ausschließliche Zuständigkeit des Landesgerichtes;

b) Hauptinterventionsprozesse wie sub § 48 III k; Widerklagen, die sonst vor das Handelsgericht oder den Bergrechtssenat gehören;

c) Prozesse der Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigten und ihrer Mandanten unter denselben Voraussetzungen wie auf S. 262;

d) Personalklagen, die gegen den Beklagten mit der Pfandklage verbunden sind, dann, wenn die Pfandklage vor den Gerichtshof gehört; siehe § 48 III l.

e) Klagen nach § 368 E. O.; siehe oben III f.

§ 51. Die Handelsgerichte und Handelssenate.

I. Die Zuständigkeit in Handelssachen wird im Sprengel der Landesgerichte in Wien, Prag und Triest von eigenen Handelsgerichten, von denen das Wiener als Wechselgericht schon seit 1717 besteht, an allen anderen Orten durch die Handelssenate[1]) der Landesgerichte ausgeübt. Sie beruht in erster Instanz zum Teile auf dem Streitwerte; zum Teile ist sie ohne Rücksicht auf denselben als eine obligatorische oder fakultative festgesetzt; über jene in zweiter Instanz siehe § 69.

II. Prozesse, welche bei einem Streitwerte von höchstens 1000 K vor die Bezirksgerichte für Handelssachen gehören, sind bei einem höheren Streitwerte den Handelsgerichten zugewiesen (§ 51 Z. 1, 2 J. N.).

III. Obligatorisch, wenn auch nicht ausschließlich,[2]) sind den Handels-

[10]) Er ist im § 237 K. O. durch ein Versehen nicht zitiert. Siehe auch R. Pollak, Konkursrecht S. 432.

[1]) Dieselben haben in Zivilprozeßsachen die Zuständigkeit der Handelsgerichte; eine Ausnahme siehe sub III e. Mehrfach bestanden früher an ihrer Stelle Wechselgerichte; v. Domin-Petrushevecz S. 3 ff.

[2]) Überzeugend Sperl, Vereinbarung der Zuständigkeit S. 71 Anm. 11. Der Unterschied ist für die Prorogierbarkeit wichtig; siehe § 56; siehe aber v. Fürstl III. S. 120.

gerichten die nachfolgend taxativ aufgezählten Prozesse ohne Rücksicht darauf zugewiesen, ob der Beklagte ein protokollierter Kaufmann ist:

a) Prozesse aus dem Wechsel (§ 51 Z. 3 J. N.). Das Gesetz spricht von solchen aus „Wechselgeschäften", doch liegt, wie die historische Entwicklung ergibt, nur ein ungenauer Ausdruck vor; gemeint sind die „wechselmäßigen Ansprüche" des § 555 Z. P. O.[3]) So gehören hieher zwar die Klagen auf Grund des amortisierten Wechsels,[4]) nicht aber Wechselbereicherungsklagen[5]) oder solche auf die Ausstellung, Indossierung eines Wechsels, Herausgabe des Duplikates, des Protestes u. dergl. mehr; sie unterliegen den sonstigen Zuständigkeitsnormen.[6]) Eine Ausdehnung des sachlich kaum zu rechtfertigenden[7]) Zuständigkeitsgrundes für Wechselansprüche auf Ansprüche aus anderen, wenn auch wechselähnlichen Wertpapieren ist abzulehnen;

b) Prozesse aus den Rechtsverhältnissen, welche sich auf den Schutz oder Gebrauch von Marken, Mustern und Modellen und Patenten[8]) beziehen (§ 51 Z. 4 J. N.), insofern für solche Ansprüche der Zivilrechtsweg offen steht; obwohl das Gesetz es nicht ausdrücklich sagt, ergibt sich doch aus seiner ratio und dem Worte „Privilegien", daß es sich hier nur um solche Prozesse handelt, welche auf den Gesetzen über Marken-, Muster- und Modellschutz und Patente fußen;

c) Prozesse aus Privatseesachen, insofern sie nicht ohne Rücksicht auf den Streitwert vor die Bezirksgerichte oder Bezirksgerichte für Handelssachen verwiesen sind (§ 51 Z. 5 J. N.);

d) Haftpflichtprozesse gegen Eisenbahnen, die mit einer elementaren Kraft, z. B. Dampfkraft oder Elektrizität betrieben werden, wegen der Verletzung oder Tötung von Menschen im Eisenbahnbetriebe (Art. VI Z. 2 Einf. Ges. zur J. N.; § 3 des Ges. vom 5. März 1869 Nr. 27; § 1 des Ges. vom 12. Juli 1902 Nr. 147);

e) Erbteilungsprozesse, wenn das Handelsgericht in Wien, Prag oder Triest das Abhandlungsgericht ist;[9]) siehe § 50 II h;

f) Unwirksamkeitsklagen und Nichtigkeitsbeschwerden gegen die Erkenntnisse der Börsenschiedsgerichte (Art. XXIII, XXIV Einf. Ges. zur Z. P. O.), eine Norm, welche durch Art. XXX letzter Absatz Einf. Ges. zur E. O. aufrechterhalten ist. Sie gilt nicht für die Anfechtungsklagen gegen die Erkenntnisse anderer Schiedsgerichte;[10])

---

[3]) Horten S. 224; v. Fürstl III. S. 123 f.

[4]) Entsch. des o. G. H. bei Riehl, Spruchpraxis 1899 S. 159.

[5]) Spr. Rep. Nr. 57 (für das frühere Recht); Neumann, Komm. I. S. 1173; Horten S. 224.

[6]) Nicht bloß jenen, welche den Streitwert zugrunde legen, wie Schauer, Z. P. O. S. 129 Anm. 4 formuliert; richtig Neumann, Komm. I. S. 1173.

[7]) Der Regierungsentwurf wollte nur die Wechselprozesse über mehr als 2000 K vor die Handelsgerichte verweisen; die Änderung stammt erst von der gemeinsamen Kommission (Materialien I. S. 717, II. S. 596) und ist nicht motiviert worden.

[8]) Pfaff-Schey Nr. 324.

[9]) Die Handelssenate haben keine Abhandlungspflege, so daß für sie dieser Zuständigkeitsgrund wegfällt.

[10]) Für die auf einem Kompromiß beruhenden Schiedsgerichte gilt hin-

g) Wiederaufnahms- und Nichtigkeitsklagen; siehe S. 264;

h) Prozesse nach §§ 35, 36 E. O. und vor Beginn des Exekutionsvollzuges nach § 37 E. O.; siehe S. 264.

IV. Konkursprozesse gehören hieher, wenn ein Handelsgericht das Konkursgericht ist; siehe darüber § 50 IV.

V. Fakultativ sind die Handelsgerichte zuständig, auch wenn der Beklagte nicht protokolliert ist, für:

a) Hauptinterventionsprozesse; siehe § 48 III k und S. 191;

b) Prozesse der Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigten und ihrer Mandanten; siehe S. 262;

c) Prozesse der und gegen die Einzelrichter der Bezirksgerichte für Handelssachen und Vorsteher der Handelsgerichte; siehe § 50 V a. Dieser Fall ist wenig praktisch.

VI. Klagen auf Aufhebung eines Schiedsspruches wegen eines der im § 595 Z. P. O. genannten Fälle und Anträge nach §§ 582, 583 Z. P. O. sind, wenn der Schiedsvertrag oder Schiedsspruch einen Anspruch betrifft, welcher vor das Handelsgericht gehört hätte, vor dieses zu bringen (§ 596 Z. P. O.).

§ 52. Bergrechtliche Senate.[1])

I. Ihre Zuständigkeit, örtlich das ganze Reich lückenlos erfüllend,[2]) umfaßt in erster Instanz „die den Bergbau betreffenden Streitigkeiten", also Prozesse, die sich auf Bergwerke, ihr Zugehör und ihren Betrieb beziehen, prinzipiell ohne Rücksicht darauf, ob die Ansprüche ihre Regelung im Berggesetze gefunden haben oder nicht.[3]) Die Zuständigkeit hängt bald vom Streitwerte ab, bald nicht, besteht nur in den taxativ genannten Fällen und hat keine entsprechende ergänzende Type oder Zuständigkeit von Bezirksgerichten neben sich. Über jene in zweiter Instanz siehe § 69.

II. Bei einem Streitwerte von mehr als 1000 K gehören alle jene den Bergbau betreffenden Prozesse hieher, welche nicht ohne Rücksicht auf den Streitwert nach § 49 Z. 1, 3, 4, 5, 6 J. N. vor die Bezirksgerichte verwiesen sind (§ 53 J. N.).

III. Ohne Rücksicht auf den Streitwert gehören vor die bergrechtlichen Senate:

a) dingliche Klagen auf Gegenstände des Bergwerkseigentums, der (auch) am Tage liegenden Bestandteile desselben und seines Zugehörs; die Pfandklage gehört hieher und folgeweise die (fakultativ) mit ihr wider

---

sichtlich der sachlichen Zuständigkeit nichts Besonderes (§§ 582, 596 Z. P. O.), mit Ausnahme des schon oben erwähnten, in den Art. XXIX, XXX Einf. Ges. zur E. O. genannten Falles.

[1]) Schneider in G. Z. 1897 Nr. 38; Walker in Zeitschr. f. Not. 1898 Nr. 8; v. Fürstl III. S. 129 ff. (mit einer Aufzählung der bestehenden Bergrechtssenate).

[2]) Selbständige Berggerichte gibt es nicht.

[3]) Frankl in G. Z. 1901 S. 59 f.; a. M. Z. E. Nr. 235. Ausnahmen siehe II.

denselben Beklagten verbundene Personalklage[4]) (§§ 53 Z. 1, 91, 95 J. N.);

b) Klagen über die Benutzung der sub a genannten Gegenstände (§ 53 Z. 2 J. N.);[5])

c) Klagen über das Alter im Felde bei Bergwerksverleihungen (§ 53 Z. 3 J. N.);

d) Klagen über die Aufforderung zur Feldesstreckung[6]) (§ 53 Z. 4 J. N.);

e) Klagen über Freierklärung von Bergbauberechtigungen[7]) (§ 53 Z. 5 J. N.);

f) Klagen über das Eigentum und die Benutzung von Grubenwässern (§ 53 Z. 6 J. N.);

g) Klagen über die im Berggesetze geregelten Rechtsverhältnisse der Bergbauunternehmer untereinander und gegen den Eigentümer[8]) anderer Immobilien;[9])

h) Klagen aus dem Gesellschaftsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlichen Bergbaues (§ 53 Z. 9 J. N.);

i) Klagen über die Verwaltung und Rechnungsführung hinsichtlich des Betriebes des Bergwerkes und seines Zugehörs zwischen den Bergwerksbesitzern und ihren Bevollmächtigten und Beamten (§ 53 Z. 8 J. N.);

k) Klagen aus dem im Berggesetze geregelten Verhältnisse der Gewerkschaften zu ihren Mitgewerken;

l) Hauptinterventionsprozesse (siehe § 48 III k und S. 191);

m) Prozesse der Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigten und ihrer Mandanten (siehe § 48 III i);

n) Wiederaufnahms- und Nichtigkeitsklagen wie sub § 48 III q; diese drei fakultativ;

o) Prozesse nach §§ 35, 36 E. O., die vor oder nach, und solche nach § 37 E. O., die vor dem Beginne des Exekutionsvollzuges beginnen. Sie gehören vor den bergrechtlichen Senat und nicht vor den Gerichtshof, dem er angehört, weil der bergrechtliche Senat, ein selbstständiges Amt darstellend, diese Prozesse ebenso an sich zu ziehen hat wie sonst ein Senat. Aus § 50 E. O. kann dawider kein Argument entnommen werden,[10]) und zwar schon deshalb nicht, weil sich § 50 E. O. nur auf das Exekutions-„Verfahren" bezieht.

---

[4]) Horten S. 232; a. M. Schneider a. a. O. S. 297.

[5]) Pfaff-Schey Nr. 1116 (Klage des Grundbesitzers gegen ein Bergwerk auf Feststellung seines Rechtes auf freie Bauführung).

[6]) Schneider S. 298 erklärt dies für ein Redaktionsversehen und die Norm für unverwendbar; a. M. Horten S. 232; vergl. v. Fürstl III. S. 132 f.

[7]) Schneider S. 298 erklärt dies für ein Redaktionsversehen.

[8]) § 53 J. N. sagt „Besitzer".

[9]) Siehe O. L. G. Graz in Jur. Bl. 1899 Nr. 10 (Ersatzklage nach § 98 Berggef.).

[10]) A. M. Fragenbeantwortung ad § 50 E. O. S. 102.

IV. Klagen und Anträge nach §§ 582, 583, 596 Z. P. O. (siehe § 48 V).

Dagegen ist der bergrechtliche Senat als solcher kein Exekutionsgericht, wenn auch etwa einer Gerichtsabteilung neben bergrechtlichen die Agenden des Exekutionsgerichtes übertragen sein sollten (§ 19 E. O.). Daher findet die Attraktionszuständigkeit des Exekutionsgerichtes auf die bergrechtlichen Senate keine Anwendung.

§ 53. Die Gerichtshöfe höherer Instanz.

I. Ihre Zuständigkeit erster Instanz ist nur eine ausnahmsweise und ist niemals durch den Streitwert bedingt.

II. Die Oberlandesgerichte fungieren als erste Instanz:

a) für Nichtigkeitsklagen und für die auf § 530 Z. 4 Z. P. O. gestützte Wiederaufnahmsklage, wenn die angefochtene Entscheidung des Oberlandesgerichtes die höchstergangene ist (§ 532 Abs. 1 Z. P. O.);

b) für alle anderen Wiederaufnahmsklagen, wenn nur die Entscheidung des Oberlandesgerichtes oder nur diese und jene des obersten Gerichtshofes angefochten wird (§ 532 Abs. 2 Z. P. O.); irrelevant ist es nach dem klaren Sinne des § 532 Z. P. O. — die Textierung seines Abs. 2 ist freilich nicht einwandfrei — und nach § 540 Abs. 3 Z. P. O., von welcher Instanz der Tatbestand festgestellt wurde, welcher nun durch die Wiederaufnahmsklage geändert werden soll;[1]) müßte doch bei anderer Auslegung der Kläger unter Umständen ein ihm günstiges Urteil anfechten. Infolge der Normen a und b müssen Wiederaufnahmsklagen bisweilen gehäuft statt vereinigt werden, da keiner der beiden Zuständigkeitsgründe den anderen attrahiert;[2])

c) für Syndikatsklagen gegen den Staat und die richterlichen Beamten aller Instanzen (§ 8 des Synd. Ges.); geht die Klage gegen Mitglieder des obersten Gerichtshofes, so ist darum das Oberlandesgericht Wien[3]) zuständig.

III. Der oberste Gerichtshof fungiert als erste Instanz für die Nichtigkeits- und für die auf § 530 Z. 4 Z. P. O. gestützte Wiederaufnahmsklage, wenn seine Entscheidung mit-, für die anderen Wiederaufnahmsklagen, wenn sie allein angefochten wird.

§ 54. Der Streitwert.[1])

I. Der Streitwert ist mehrfach als Kriterium der Zuständigkeitsgrenzen des Erkenntnisverfahrens verwertet; der hiebei relevante Betrag

[1]) A. M. Z. E. Nr. 354.
[2]) A. M. Mandyczewski in Grünhuts Zeitschr. XXIV. S. 682.
[3]) A. M. v. Canstein, Lehrbuch I. S. 125.
[1]) v. Schrutka, Umgestaltung der Gerichtsverfassung S. 62 ff.; Horten S. 230 ff.; Petschek, Die Abfindung des materiellen Klaganspruches (woselbst die frühere Judikatur über sein Thema); v. Winiwarter, Jurisdiktionsnorm S. 58 ff.; Sp. in G. Z. 1901 S. 203 ff.;

ist jener von 1000 K. Überdies kommt der Streitwert noch bei der Frage nach der Abgrenzung des Bagatellverfahrens (Grenze: 100 K), des Advokatenzwanges und Vergleichsverfahrens vor Bezirksgerichten (Grenze: 1000 K), des Mahnverfahrens (Grenze: 400 K), der vollen Berufung gegen gewerbegerichtliche Urteile (Grenze: 100 K), der Gerichts- und Advokatengebühren, dagegen, von den Gebührenfragen abgesehen, nicht im Exekutions- und Sicherungsverfahren in Frage. Die Berechnung des Streitwertes für die Gebührenfrage erfolgt nach selbständigen Grundsätzen, die im Anhange sub III abgesondert berührt sind. Für die Feststellung des Streitwertes im Mahnverfahren gilt der Antrag im Mahngesuche als entscheidend (§ 1 des Ges. vom 27. April 1873 Nr. 67). Für alle anderen Fälle gelten die Berechnungsvorschriften der §§ 54—60 J. N.[2]) Für die Zuständigkeitsfrage steht das ausdrücklich im Gesetze (§ 54 J. N.); für die Berufung gegen gewerbegerichtliche Urteile folgt es mit Notwendigkeit schon aus dem Schweigen des Gesetzes (§ 30 Gew. Ger. Ges.); dasselbe gilt für die Ermittlung der Grenze für die Vergleichsversuche (§ 433 Z. P. O.) und den Advokatenzwang im bezirksgerichtlichen Verfahren (§ 29 Z. P. O.). Dagegen kann die Norm über die Abgrenzung des Verfahrens in Bagatellsachen von dem normalen Verfahren allerdings Zweifel erregen (§ 448 Z. P. O.). Sie lautet nämlich derart, als ob der „Streitwert" erst in Frage käme, falls der Klagantrag nicht auf Geld lautet — da entschiede dieser —, während nach § 54 J. N. der Streitwert alle Fälle, also auch jene des auf Geld lautenden Antrages in sich begreift. § 448 Z. P. O. ist jedoch lediglich ungenau textiert. Zu dieser Auffassung führen folgende Argumente: ein Grund für die differierende Behandlung des Streitwertes für die Zuständigkeit und für die Verfahrensart ist nicht ersichtlich; überdies würde das Festhalten am Wortlaute des § 448 Z. P. O. zu einer, sonst vom Gesetze mißbilligten (§ 453 Z. P. O.) Erweiterung des Verfahrens in Bagatellsachen führen.

Der Streitwert ist sonach in allen diesen Fällen der „Wert des Streitgegenstandes" (§ 54 J. N.), auch wenn der Klagantrag auf Geld lautet. Unter dem Streitgegenstande ist hier nicht der Prozeßgegenstand,[3]) sondern der Klagegegenstand, das ist der den Klagantrag unmittelbar bestimmende klägerische Privatrechtsanspruch[4]) oder das ihn unmittelbar bestimmende Rechtsverhältnis zu verstehen. Damit ist der Klagegegenstand in Gegensatz gestellt zum Klagantrage, zum Rechtsverhältnisse und Prozeßgegenstande. Der Gegensatz vom Klagegegenstande zum Klagantrage folgt aus den §§ 55, 58 J. N., da es dort z. B. heißt, daß jener Klagantrag nicht den Streitwert bestimme, der nur einen Teil des klägerischen

---

Wach I. S. 368 ff. Um des Zusammenhanges willen werden hier alle Fälle des Streitwertes behandelt.

[2]) Schauer, Z. P. O. S. 729 Anm. 1; Demelius S. 605; wohl auch Horten S. 233; a. M. Neumann, Komm. I. S. 845; undeutlich Wachtel S. 407.

[3]) Über diesen R. Pollak in Grünhuts Zeitschr. XXII. S. 504 ff.

[4]) Pfaff-Schey Nr. 275; wohl auch Horten S. 232.

Anspruches darstelle. Der Gegensatz zum Rechtsverhältnisse ergibt sich aus § 56 J. N.; denn man kann wohl mit ihm von einem Anspruche, aber nicht von einem Rechtsverhältnisse sagen, daß es in einem Geldbetrage bestehe; auch können aus einem Rechtsverhältnisse mehr Ansprüche entspringen, als im Prozesse relevant sind. Der Gegensatz zum Prozeßgegenstande als der Gesamtheit der in einem Erkenntnisverfahren relevanten Ansprüche endlich folgt daraus, daß es arg. § 55 J. N. („mehrere in einer Klage ... geltend gemachte Ansprüche ...") und sehr rationellerweise für den Streitwert, somit für den Klagegegenstand nicht auf die Ansprüche des Beklagten (aus Feststellungsanträgen, Entschädigungsansprüchen nach § 408 Z. P. O. und Kompensationseinwendungen) und auch nicht auf die nach der Klage erhobenen klägerischen Ansprüche nach §§ 236, 408 Z. P. O. ankommt.[5])

Nun ist freilich die Zuständigkeits-, Verfahrens-, Berufungs- und Anwaltszwangsgrenze nach dem Motive gezogen, daß der Entscheidungsgegenstand eine bestimmte Höhe nicht übersteige; mit diesem Motive stimmt das gewonnene Ergebnis nicht völlig (sondern nur ungefähr, in der Regel) überein, daß diese Grenze nach dem Klagegegenstande gezogen sei. Allein das Gesetz nimmt diese Ungenauigkeit zweckmäßigerweise in den Kauf, um eine glatte Ermittlung des Streitwertes zu ermöglichen, wie sie der verhältnismäßig geringen Bedeutung fast aller sachlichen Zuständigkeitsfragen entspricht.

II. Der Streitwert wird[6]) entweder vom Gesetze oder vom Kläger oder vom Gerichte bemessen.

a) Die Bewertung durch das Gesetz hat zunächst statt, wenn der Klagegegenstand in einem Geldbetrage[7]) besteht; dieser Geldbetrag stellt den Streitwert dar. Er wird durch die Klage gegeben, welche darum auch die entsprechenden Angaben zu enthalten hat[8]) (§ 226 Z. P. O.). Klagverminderungen sind auf den Streitwert ohne Einfluß (§ 235 Z. P. O.); Klagerweiterungen bezieht dagegen das Gesetz mit Recht[9]) auf den Zeitpunkt der Klagerhebung zurück und bestimmt darum nach der erweiterten Klage die Zuständigkeit des Gerichtes[10]) (§ 235 Z. P. O.), die Zulässigkeit des Verfahrens in Bagatellsachen (§ 453 Z. P. O.), jene der vollen Berufung gegen gewerbegerichtliche Urteile (Analogie des § 453 Z. P. O.) und den Advokatenzwang vor dem Bezirksgerichte.

Für die Berechnung des Geldbetrages bestehen folgende Normen: wird

---

[5]) Wenn daher § 236 Z. P. O. bestimmt, Feststellungsanträge seien nur zulässig, „wenn die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte" der beantragten Entscheidung nicht entgegenstehen, so gehören zu diesen Vorschriften jene über die Bedeutung des Streitwertes nicht (a. M. Neumann, Komm. I. S. 558 f.; Wachtel S. 224), ein Resultat, das sich auch als sehr rationell empfiehlt.

[6]) Natürlich nur, wo es erforderlich ist; braucht man ihn nicht, z. B. für Klagen nach § 529 Z. P. O. (Z. E. Nr. 204), so wird er nicht bestimmt.

[7]) Eine Klage auf die Wechselausstellung lautet nicht auf einen Geldbetrag; a. M. Pfaff-Schey Nr. 654.

[8]) Fehlen sie, so ist nach § 84 Z. P. O. vorzugehen.

[9]) Sie sind ja nur verspätete Klagen.

[10]) Nicht genau Horten S. 232.

eine Haupt- mit hiezu gehörigen „Nebenforderungen“[11]) geltend gemacht, so entscheidet lediglich die Hauptforderung den Streitwert (§ 54 J. N.); werden dagegen die Nebenforderungen allein, sei es als Rest der Hauptforderung, sei es als eine vom Hauptanspruche abhängige, aber selbstständige Leistung (z. B. ein Mietzinsanspruch), geltend gemacht, so entscheidet deren Wert.[12]) Wird ein Teil[13]) der Hauptforderung oder die Differenz einander gegenüberstehender Forderungen geltend gemacht, so bestimmt sich der Streitwert nach der Gesamthöhe der klägerischen Ansprüche,[14]) also ohne eine Abrechnung der Gegenforderungen.[15]) Eine Mehrheit in einer Klage kumulierter Ansprüche wird zusammengerechnet, die Zuständigkeit und das nach der Wertgrenze abgestufte Verfahren also nach ihrer Gesamtheit und nicht für jeden einzelnen Anspruch ermittelt[16]) (§ 55 J. N.). Zwar sagt § 227 Z. P. O., eine solche Klagenhäufung sei nur gestattet, „wenn für sämtliche Ansprüche das Prozeßgericht zuständig . . . ist“; das steht aber im Widerspruche zu § 55 J. N.: wozu soll nach § 55 J. N. addiert werden, wenn die Addition nach § 227 Z. P. O. nichts bedeutet? Der Widerspruch ist zu Gunsten des § 55 J. N., der sonst in dem hier relevanten Teile bedeutungslos würde, dahin zu lösen, daß § 227 Z. P. O. sich einer durch seinen sonstigen Inhalt erklärten Verkürzung des Ausdruckes bedient, und daß in ihm in Rücksicht des Streitwertes „sämtliche Ansprüche“ gleich sind der „Gesamtheit der Ansprüche“. Freilich ist bei dieser Auslegung nicht ausgeschlossen, daß an Stelle mehrerer bezirksgerichtlicher Prozesse ein solcher vor dem Gerichtshofe tritt; allein dieses dem § 55 J. N. entsprechende Resultat ist auch von praktischen Gesichtspunkten aus nicht zu beanständen. — Wird eine Alternativobligation geltend gemacht oder dem Beklagten eine facultas alternativa eingeräumt (sei es auf Grund des privatrechtlichen Rechtsverhältnisses, sei es durch eine zulässige[17]) Erklärung in der Klage, sich

---

[11]) Sie haben nichts Gemeinsames als ihre Entstehung aus dem Hauptanspruche (vergl. Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 41); die Aufzählung der Nebenforderungen des § 54 J. N. ist eine taxative.

[12]) Er wird nicht nach § 58 J. N. berechnet; diese Berechnung findet nur Anwendung, wenn das Recht auf den Bezug der Zinsen selbst Klagegegenstand ist.

[13]) Z. E. Nr. 451.

[14]) Anders bei Kumulierungen nach § 11 Z. 2 Z. P. O.; überzeugend Skedl I. S. 188 Anm. 4.

[15]) Anders bei Klagen aus dem Kontokorrente, wobei nur zu beachten ist, daß die Praxis Kontos häufig irrigerweise als Kontokorrente ansieht.

[16]) Skedl I. S. 193 ff.; v. Canstein S. 77; Demelius S. 59; Horten S. 236 f.; Z. E. Nr. 416 (sogar für einen Fall des § 11 Z. 2 Z. P. O.); a. M. Klein, Vorlesungen S. 191 f.; Stroß, Verf. vor Gerichtshöfen S. 18; Z. E. Nr. 132; Fragenbeantwortung S. 45. Ganz unzulässig ist die Argumentation des Anonymus in G. Z. 1900 S. 33. Vergl. noch Schimm, Wertgrenze und Kumulierung (Jur. Bl. 1897 Nr. 15).

[17]) Objektiv zulässig ist sie dort, wo sie, die in der Urteilsentenz zu erscheinen hat (§ 410 Z. P. O.), mit der Sentenz über den Klaganspruch verträglich ist. Das ist bei allen Leistungsklagen (auch über unschätzbare Gegenstände, Petschek a. a. O. S. 32, wohl auch Demelius S. 59, 574), dagegen nicht bei Rechtsgestaltungs- und Feststellungsklagen der Fall; das letzte bestreitet zum Teil Petschek S. 40 ff., namentlich unter Berufung darauf, daß § 15 J. N. ex

mit einem bestimmten Geldbetrage für den Klaganspruch vom Gegner abfinden zu lassen,[18]) § 56 Abs. 1 J. N., § 410 Z. P. O.), so ist die Geldleistung der Streitwert (§ 56 J. N.).

Das Gesetz bewertet ferner den nicht in einem Geldbetrage bestehenden Klagegegenstand in zwei Fällen:[19]) stellt nur die materiellrechtliche Sicherstellung den Klagegegenstand dar, so ist der Betrag der zu sichernden Forderung oder der — vom Kläger anzugebende — Wert des Pfandes der Streitwert, je nachdem dieser oder jener niederer ist (§ 57 J. N.); bildet ein Immobile den Klagegegenstand, so ist es das Sechzigfache der Grundsteuer, respektive das Siebzigfache der Hauszinssteuer (§ 60 Abs. 2 J. N.). Dieser Fall gesetzlicher Bewertung hat das Eigentümliche, daß er nur subsidiär, nämlich dann eintritt, wenn der Kläger durch eine „übermäßig" hohe Bewertung des Immobile die Zuständigkeit des Gerichtshofes statt jener des Bezirksgerichtes zu erlangen trachtet[20]) (§ 60 Abs. 1 J. N.).

b) Die Bewertung durch den Kläger ist die Norm für alle Fälle, in denen es auf den Streitwert ankommt und in denen dieser nicht durch das Gesetz bestimmt wird;[21]) solche Fälle bieten z. B. Feststellungsklagen und Rechtsgestaltungsklagen. Die Bewertung hat in der Klage zu geschehen (§ 56 Abs. 2 J. N.); fehlt sie daselbst, so hat das Gericht den Mangel von Amts wegen verbessern zu lassen (§ 84 Z. P. O.). Aber es genügt diese Bewertung; einer Begründung bedarf sie nicht. Diese Indifferenz des Gesetzes gegen die Bewertung hat trotz deren Bedeutung für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln ihren guten Grund darin, daß diese Streitbewertung nur für die Zuständigkeitsbestimmung und den Prozeß von Bedeutung ist, aber weder dem Kläger ein Recht gibt, statt des Streitgegenstandes den Streitwert zu verlangen, noch dem Beklagten ein solches, statt des Streitgegenstandes den Streitwert zu leisten (arg. § 56 J. N.; § 410 Z. P. O.). Aus demselben Grunde ist auch dem Beklagten keine Kontrolle und kein Einfluß auf die Bewertung eingeräumt; er vermag also z. B. auch nicht zu hindern, daß eine Klage mit dem wahren Streitwerte von 100 K vom Kläger mit 200 K bewertet wird, so daß für dieselbe ein erweiterter Rechtsmittelzug eröffnet ist, oder daß eine Klage durch zu niedere Bewertung vor ein Bezirksgericht statt vor

1852 und § 7 Bag. Verf. eine solche Erklärung bei gewissen Feststellungsklagen zugelassen hätten. Allein nicht nur, daß die Natur der Feststellungsansprüche damals noch nicht erkannt war, haben diese Bestimmungen in das geltende Recht keine Aufnahme gefunden.

[18]) Die Erklärung hat nur durch den Prozeß Bedeutung, hängt in ihrer Wirkung von der Gültigkeit des Prozesses (übereinstimmend Petschek S. 29 f.), dagegen nicht von der Annahme des Gerichtes oder Gegners ab; sie ist eben keine Offerte (Petschek S. 25 ff.; a. M. Klein, Vorlesungen S. 223), überhaupt keine Erklärung des Privatrechtes (a. M. Ehrenzweig in Grünhuts Zeitschr. XXV. S. 288 f.), kann darum auch nicht mit Wirkung zurückgezogen werden.

[19]) Dieselben sind im § 56 Abs. 2 J. N. nicht berücksichtigt; an den Wortlaut des § 56 J. N. hält sich Neumann, Komm. I. S. 1181 f.

[20]) Über die anderen Fälle solcher übermäßiger Bewertung siehe c.

[21]) Pfaff-Schey Nr. 75.

den Gerichtshof kommt. Auch das Gericht hat mit einer einzigen Ausnahme die Stellung des Beklagten: es steht der, wenn auch offenbar unrichtigen klägerischen Bewertung machtlos gegenüber; sie bindet wie den Kläger[22]) so auch den Beklagten und das Gericht (§ 60 Abs. 4 J. N.).

c) Die Ausnahme liegt dann vor, wenn als Konsequenz einer „übermäßig hohen" Bewertung die Zuständigkeit des Gerichtshofes statt jener des Bezirksgerichtes eintreten würde; in diesem Falle gestattet das Gesetz, seiner Tendenz nach der Einschränkung der Gerichtshofzuständigkeit (siehe § 104 J. N.) gemäß,[23]) eine Überprüfung der klägerischen Bewertung ohne Rücksicht auf deren Motiv. Ergibt sie als den richtigen Wert eine die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes begründende Summe, so ist die Klage — nicht abzuweisen, sondern — an das Bezirksgericht abzutreten (§ 60 Abs. 1 J. N.). Den richtigen Wert bestimmt bei Immobilien das Gesetz (§ 60 Abs. 2 J. N.; siehe a); in den anderen Fällen ermittelt ihn mit Vermeidung erheblicher Kosten und eines erheblichen Zeitaufwandes, also allenfalls nur annähernd,[24]) das Gericht (§ 60 Abs. 1 J. N.). Dieses Ermittlungsverfahren soll nach der Sachlage möglichst bald, darf aber jederzeit[25]) im Erkenntnisverfahren eingeleitet werden (§ 60 Abs. 1 J. N.), aber nur von Amts wegen, nicht auf die Einrede der Unzuständigkeit[26]) (arg. § 60 Abs. 4 J. N.), und nur wenn es „wahrscheinlich" zum Erfolge führt; den Prozeß hemmt es nicht,[27]) und es wird darum das Verfahren vor dem Bezirksgerichte fortgesetzt, wenn es zur Abtretung der Rechtssache an dasselbe kommt (§ 60 Abs. 1 J. N.). Die Kosten des erfolglosen Ermittlungsverfahrens sind ein Teil der Prozeßkosten (§ 41 Z. P. O.), jene des erfolgreichen Ermittlungsverfahrens sind vom Kläger ohne Rücksicht auf den Prozeßausgang zu tragen oder zu ersetzen (§ 60 Abs. 3 J. N.).

III. Anhang. Nach ein wenig abweichenden Grundsätzen erfolgt die Bestimmung des Streitwertes für die Gebührenbemessung[28]) (kais. Vdg. vom 26. Dezember 1897 Nr. 305). Auch sie beruht zwar prinzipiell auf den §§ 54—60 J. N., aber sie berücksichtigt auch spätere Änderungen der Klaganträge, nicht bloß des Klagegegenstandes, und zwar sowohl

---

[22]) Das steht nicht im § 60 Abs. 4 J. N., folgt aber aus den unten in den §§ 77, 80 entwickelten Grundsätzen.

[23]) Wegen der ratio legis muß jede Ausdehnung des § 60 Abs. 1 J. N. auf Fälle abgelehnt werden, in denen durch die übermäßig hohe Bewertung die Grenzen des Verfahrens in Bagatellsachen überschritten werden (siehe § 453 Z. P. O.) oder die volle Berufung in Gewerbegerichtsurteilen herbeigeführt wird; a. M. Gew. Entsch. Nr. 123.

[24]) Arg., daß die genaue Wertermittlung manchmal der Sachverständigen bedarf, daß diese aber nicht zugezogen werden dürfen, wenn sie kostspielig sind.

[25]) Horten S. 244; Neumann, Komm. I. S. 1187; a. M. G. O. § 117: die Ermittlung müsse spätestens bis zur halben Frist zur Klagbeantwortung beendet sein; davon steht nichts im § 60 J. N.

[26]) A. M. Horten S. 245; § 117 G. O. Aber § 60 Abs. 1 J. N. spricht nur davon, daß das Gericht diesen Tatbestand aufgreifen dürfe.

[27]) Wohl aber wird ratione legis die Fällung des Urteiles vor Abschluß dieser Erhebungen nicht erfolgen dürfen.

[28]) Fischel, Urteilsgebühren (Jur. Bl. 1900 S. 193 ff.); Budwinski Nr. 6014.

Herabminderungen als auch Erweiterungen der Klaganträge (§ 12 l. c.); endlich enthält die zitierte Verordnung die für die Gebührenbemessung erforderliche Ergänzung der Normen der Jurisdiktionsnorm für die Bewertung solcher Ansprüche, für welche die Zuständigkeit sich nicht nach dem Streitwerte richtet (§ 11 l. c.).

Dagegen ist die Bewertung zum Zwecke der Prozeßkostenbestimmung auf prinzipiell anderen Grundsätzen aufgebaut. Sie richtet sich nicht nach dem Klagegegenstande, sondern nach dem Klagantrage; und wenn dieser nicht auf Geld lautet, so ist die Bewertung hier nicht dem Kläger überlassen, weil die Gefahr zu hoher Bewertung besonders nahe liegt, sondern sie obliegt dem Gerichte. Auch entscheidet hier nicht der Klagantrag den Wert des ganzen Prozesses, sondern jeder Antrag ist nur für sich und die ihm nachfolgende Verhandlung maßgebend[29]) (§§ 5—8 der Vdg. vom 11. Dezember 1897 Nr. 293).

§ 55. Verschiebungen der Zuständigkeit von Gerichts wegen.

I. Die sachlichen Zuständigkeitsgrenzen sind im wesentlichen um der richtigen Geschäftsverteilung (S. 240), nicht um der Parteien willen abgesteckt; das Gesetz betrachtet z. B. selbst das Parteiinteresse an Handelsgerichten nicht als ausreichend, da es die Prozesse gegen nicht protokollierte Kaufleute in der Regel an die Landes- und Bezirksgerichte verweist. Dieser Standpunkt des Gesetzes ist auch gerechtfertigt;[1]) denn die Parteien haben höchstens an der Einhaltung der Wertgrenze ein Interesse, weil die Einzelgerichtsbarkeit gegenüber der Kollegialgerichtsbarkeit als minderwertig gilt; andere Einwendungen der sachlichen Unzuständigkeit beruhen erfahrungsgemäß in der Regel auf Schikane. Die Konsequenz dieses Standpunktes muß eine erhebliche Indifferenz des Gesetzes gegen vereinzelte Verletzungen seiner sachlichen Zuständigkeitsgrenzen sein; wenn nur im großen und ganzen die durch sie bestimmte Geschäftsverteilung unter den Gerichtsanstalten und Ämtern aufrecht bleibt, so schaden ja einzelne Verletzungen nichts, weil sie den Geschäftsgang nicht beeinflussen. Das ist denn auch in grundsätzlicher Abweichung vom früheren österreichischen Rechte das System des Gesetzes. Es kennt eine Reihe von Fällen, in denen die sachliche Zuständigkeit für den konkreten Fall durch das Gericht bestimmt wird; wie man ungenau bei der Prorogation von einer Schaffung der Zuständigkeit durch die Parteien spricht, so könnte man hier mit kaum größerer Ungenauigkeit von einer solchen durch das Gericht sprechen. In Wahrheit liegen für das Gericht gesetzliche Zuständigkeitsgründe vor, nur daß sie nicht Typen, sondern konkrete Fälle betreffen, die Zuständigkeitsbestimmung überdies stets eine unabsichtliche, auf einer unrichtigen Würdigung der Tat- oder Rechtsfrage beruhende ist: das Gericht hat kein Recht zur

---

[29]) Gilt im Exekutionsverfahren nicht für den Dritten (z. B. den Drittschuldner); § 7 l. c.

[1]) Materialien I. S. 55 ff.; a. M. Trutter II. S. 273; Horten S. 144.

Schaffung des Tatbestandes eines Zuständigkeitsgrundes, sondern er wird nur toleriert, wenn es ihn durch eine (etwa vermeintlich richtige, in Wahrheit) falsche Zuständigkeitsentscheidung schafft.

Hieher gehören folgende, taxativ genannte Fälle:

II. Bejahungen der sachlichen Zuständigkeit (§ 45 J. N.). Bejaht ein Gerichtshof seine Zuständigkeit,[2]) so darf sie nicht angefochten werden, weil ein Bezirksgericht, wohl aber weil eine andere Gerichtshoftype oder ein Bezirksgericht für Handelssachen[3]) zuständig wäre oder weil der Gerichtshof örtlich unzuständig ist. Hat ein Bezirksgericht sich für zuständig erklärt, so darf diese Entscheidung nicht deshalb angefochten werden, weil ein Bezirksgericht für Handelssachen[4]) zuständig wäre; die parallele Unanfechtbarkeit gilt für die Zuständigkeitsentscheidungen des Bezirksgerichtes für Handelssachen. Der Tatbestand, welcher in allen diesen Fällen den Zuständigkeitsgrund bildet, ist die Anrufung des Gerichtes und dessen irrige bejahende sachliche Zuständigkeitsentscheidung.[5]) Ist daher auf eine Klage nur das Verfahren eingeleitet, daher nur eine prozeßleitende[6]) Verfügung erlassen worden, oder wurde die Hauptsache, aber nicht direkt und ausdrücklich die Zuständigkeit entschieden, so fehlt der Tatbestand dieses Zuständigkeitsgrundes;[7]) er ist andererseits vorhanden,[8]) wenn die sachliche Zuständigkeit bejaht, aber die Hauptsache nicht entschieden wurde.

Die verneinende Zuständigkeitsentscheidung ist anfechtbar. Bejaht[9]) dann in den oben angeführten drei Fällen das Rechtsmittelgericht die sachliche Zuständigkeit, so ist diese Entscheidung unanfechtbar,[10]) bei irriger Bejahung also die Zuständigkeit begründet.

III. Verneinungen der sachlichen Zuständigkeit. Hier sind drei Fälle zu unterscheiden:

a) Jede rechtskräftige Entscheidung eines Gerichtes erster Instanz, mit der es seine sachliche[11]) Zuständigkeit verneint, bindet[12]) jedes andere Gericht, bei welchem nun der Prozeß anhängig gemacht wird[13]) (§ 46

---

[2]) Für die Klage, die erweiterte Klage, den Feststellungsantrag.

[3]) A. M. Horten S. 268, dem de lege ferenda beizustimmen wäre.

[4]) Wohl aber, weil ein Gerichtshof oder ein Sondergericht zuständig wäre.

[5]) Vergl. v. Winiwarter, Jurisdiktionsnorm S. 43; Beißer in G. Z. 1898 S. 310 f.

[6]) Wenn auch hinsichtlich der Zuständigkeit das Gericht, welches sie erlassen hat, in gewissem Maße bindende; § 43 J. N.

[7]) Z. E. Nr. 132; a. M. Beißer a. a. O. S. 310.

[8]) A. M. Pfaff-Schey Nr. 689; freilich hatte die erste Instanz den Prozeß arg verfahren.

[9]) Nicht bloß indirekt durch die Anordnung der Einleitung des Verfahrens; siehe Anm. 6, 7.

[10]) So Z. E. Nr. 160 für den parallelen Fall des § 21 E. O.; Z. E. Nr. 194 für jenen des § 192 Abs. 2 Z. P. O.

[11]) Nicht auch die örtliche; a. M. v. Canstein S. 66.

[12]) Darum muß die Sentenz das Wort „sachliche" Unzuständigkeit enthalten.

[13]) Pfaff-Schey Nr. 871; Fr. Stein, Über die bindende Kraft richterlicher Entscheidungen (1897) S. 8, 26, dessen Begründung aber nicht beigetreten werden kann (um ein aut-aut handelt es sich im § 46 J. N. nicht).

J. N.); diese Norm bindet auch dann, wenn die Verneinung sich auf einen Feststellungsantrag bezieht und derselbe nun als Feststellungsklage vor ein anderes Gericht gebracht wird. Das gilt sowohl im Verhältnisse der ordentlichen Gerichte und der Sondergerichte untereinander, als in jenem zwischen ordentlichen und Sondergerichten; für die in der Jurisdiktionsnorm und ihrem Einführungsgesetze genannten Gerichte folgt das aus § 46 J. N., für die Gewerbegerichte aus § 24 Gew. Ger. Ges., für die Börsenschiedsgerichte aus den auf S. 258 entwickelten Gründen und Art. XXIV Einf. Ges. zur Z. P. O., für die übrigen Sondergerichte aus der Analogie. Die Wirkung dieser Bindung ist für den konkreten Fall eine Ergänzung der Zuständigkeitsnormen dahin, daß das nun als zweites angerufene Gericht seine sachliche Zuständigkeit nicht mehr deshalb verneinen darf, weil ein Gericht der ersten Type zuständig sei.

Der Regel nach hat sich das zuerst mit der Sache befaßte Gericht mit dem Ausspruche über seine Unzuständigkeit zu begnügen und hat nicht zu entscheiden, welche Gerichtstype zuständig ist. Hievon besteht eine Ausnahme im Verhältnisse der ordentlichen Gerichte zu den Gewerbegerichten; den ersteren steht es zu, nach der Sachlage nicht nur ihre sachliche Zuständigkeit zu verneinen, sondern auch gleichzeitig jene der Gewerbegerichte festzustellen: diese Entscheidung bindet dann die Gewerbegerichte. Dasselbe gilt, wenn ein Gewerbegericht sich für unzuständig und (was freilich hier eine fast notwendige Folge ist) die ordentlichen Gerichte für sachlich zuständig erklärt hat (§ 24 Gew. Ger. Ges.).

b) Auch noch nicht rechtskräftige Entscheidungen vermögen bisweilen ähnliche Wirkungen herbeizuführen. Die Streithängigkeit eines Anspruches ist von Amts wegen wahrzunehmen (§ 240 Z. P. O.); insolange daher ein Gericht sich nicht rechtskräftig für unzuständig erklärt hat, darf derselbe Anspruch nicht vor ein anderes Gericht gebracht werden. Davon gibt es folgende, taxativ[14]) aufgezählte Ausnahmen: ein Bezirksgericht oder Bezirksgericht für Handelssachen hat sich mit Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes für unzuständig erklärt; ein Senat mit „allgemeiner Gerichtsbarkeit" hat sich für sachlich unzuständig erklärt, weil der Prozeß vor ein Handelsgericht, einen Handelssenat oder bergrechtlichen Senat gehört; ein Handelsgericht, Handelssenat oder bergrechtlicher Senat hat das Gleiche getan, weil ein Gericht oder ein Senat anderer Type zuständig ist. In diesen Fällen darf der Prozeß schon vor der Rechtskraft dieser (anfechtbaren; siehe a) Entscheidung bei dem nach ihr sachlich zuständigen Gerichte angebracht werden, und dieses zweite Gericht setzt zwar nicht den ersten Prozeß fort,[15]) ist aber an die Zuständigkeitsentscheidung des ersten Gerichtes insolange so wie ad a gebunden, als nicht diese im

[14]) So wohl Horten S. 210; Neumann, Komm. I. S. 1160; a. M. Demelius S. 47 f.

[15]) A. M. Horten S. 210, der die Analogie des § 412 al. 2 Z. P. O. heranziehen will; warum gerade bei der sachlichen Unzuständigkeit? Freilich ist § 46 Abs. 3 J. N. irreführend textiert: „. . . an ein Gericht verwiesen wurde . . ." Wie Text Materialien I. S. 57.

Rechtsmittelzuge abgeändert ist; wird sie rechtskräftig, so endet der Schwebezustand[16]) und das zweite Gericht ist laut a an die Entscheidung des ersten gebunden (§ 46 Abs. 2, 3 J. N.).

Bei Gerichtshöfen vermögen solche Zuständigkeitsdifferenzen auch innerhalb derselben Gerichtsanstalt zwischen den verschiedenen Senatstypen vorzukommen; für diesen Fall gelten die hier entwickelten erst in zweiter, in erster die sub IV entwickelten Normen (arg. §§ 61—64 J. N.).

c) Verneint das Berufungsgericht die in erster Instanz bejahte Zuständigkeit des Prozeßgerichtes, so bestimmt es gleichzeitig bei prorogierbarer Unzuständigkeit, welches Gericht erster Instanz zuständig sei (§ 475 Z. P. O.); dieser Bestimmung kommt eine zuständigkeitsbegründende Wirkung dann zu, wenn sie unrichtig ist; siehe auch § 66 IV.

IV. Senatsveränderung.[17]) Die hier zu besprechenden Normen der §§ 61—64 J. N. beruhen auf dem Gedanken, daß eine Partei allenfalls an einer gewissen Besetzung der Richterbank, nicht aber an einer solchen durch bestimmte Personen ein schützenswertes Interesse habe. Sie kann also darnach verlangen, von drei gelehrten Richtern statt von zweien und einem sachmännischen Laienrichter gerichtet zu werden, und umgekehrt; aber sie hat kein berechtigtes Interesse daran, welchem Senate oder Gerichte diese Richter angehören. Darauf beruht folgende, etwas komplizierte, aber gegen Schikane sehr nützliche Einrichtung, die nach Ermessen (von Amts wegen, aber auch auf die Einwendung der Unzuständigkeit) verwendet werden darf.

Wird bei einem Gerichtshofe eine Klage eingebracht und gelangt vor einen Senat,[18]) der sich für sachlich unzuständig erklärt, weil ein Senat anderer Type zuständig wäre, so ersetzt er einen Richter der beanständeten durch einen Richter der richtigen Senatstype,[19]) verwandelt sich also in einen Senat mit der richtigen Besetzung und behebt hiedurch seine sachliche Unzuständigkeit. Hat sich der angerufene Senat noch nicht für unzuständig erklärt, hat aber der Vorsitzende Zweifel über seine Zuständigkeit, und will der Senat über die Zuständigkeit nicht abgesondert, sondern nach Verhandlung der Hauptsache entscheiden, so tauscht der Vorsitzende keinen Richter aus, sondern zieht einen Ergänzungsrichter der allenfalls richtigen Senatstype zu; der Richtertausch geschieht hier nach der — am Schlusse der Verhandlung auch zur Hauptsache erst — erfolgenden Unzuständigkeitserklärung. Da aber hier der Ergänzungsrichter oder der etwa ausscheidende Richter[20]) die Verhandlung

[16]) Zur Urteilsfällung darf nicht geschritten werden, obwohl es das Gesetz nicht ausdrücklich verbietet; Horten S. 210.

[17]) v. Schrutka, Umgestaltung S. 65 ff.; Beißer, Beiträge zum Z. P. (G. Z. 1896 Nr. 44); Friedlaender in G. Z. 1898 Nr. 37; R. Pollak in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XX. S. 509; Fragenbeantwortung S. 5; Pfaff-Schey Nr. 1146.

[18]) Welcher Type immer, obwohl § 63 J. N. nur von Handels- und bergrechtlichen Senaten spricht.

[19]) Über den Vorgang und seine Beurkundung siehe §§ 9, 188 G. O.

[20]) Diese ausdehnende Interpretation des § 62 Abs. 3 J. N. entspricht der ratio legis; Beißer a. a. O. S. 363; Neumann, Komm. I. S. 119; a. M. Fragenbeantwortung S. 6; Horten S. 249.

zur Hauptsache ganz[21]) mitgemacht hat, so **wird** seine Anwesenheit dazu verwendet, daß er binnen drei Tagen ein **schriftliches Votum**, das heißt einen Urteilsentwurf, der wenigstens die vorgeschlagene **Sentenz** wörtlich enthält,[22]) erstattet. Dieses Votum kommt, falls es mit der **vom Senate** beschlossenen Entscheidung der Hauptsache völlig übereinstimmt,[23]) zur Geltung für den Fall begründeter Anfechtung der gefällten Zuständigkeitsentscheidung; das Oberlandesgericht hat dann die Zuständigkeitsentscheidung ungeändert zu lassen (da ja auch ein richtig besetzter Senat in der Hauptsache gleich entschieden, wie der unrichtig besetzte), darf aber die Entscheidung in der Hauptsache sofort abändern oder aufheben.

Die Einrichtung ist unverwendbar, wo es keinen Ergänzungsrichter der gewünschten Type gibt; das ist z. B. bei den Landesgerichten Wien, Prag und Triest der Fall. Sie ist ferner immer dann unverwendbar, wenn das angerufene Gericht auch örtlich unzuständig ist; das ist stets dann der Fall, wenn die Verweisung vor einen bergrechtlichen Senat von einem Gerichte vorgenommen werden müßte, welches keine bergrechtlichen Senate hat.

V. Rechtskraft der Endentscheidung. Nichtigkeitsklagen dürfen nicht damit begründet werden, daß das entscheidende Gericht aus welchem Grunde immer unzuständig war, sei es, daß es über seine Unzuständigkeit unrichtig, sei es, daß es gar nicht darüber, sondern über die Hauptsache entschieden hat (§ 529 Z. P. O.). Insoweit deckt die Rechtskraft die selbst unprorogierbare Unzuständigkeit. Dagegen darf allerdings eine mit der Entscheidung der Hauptsache verbundene Zuständigkeitsentscheidung sowie diese Entscheidung zur Hauptsache[24]) mit der Wiederaufnahmsklage angefochten werden (§§ 530, 531 Z. P. O.).

VI. Zuständigkeitsstreitigkeiten der ordentlichen Gerichte untereinander über die sachliche Zuständigkeit sind nach der Darstellung sub II—IV bei Gesetzesanwendung nicht denkbar, da die verneinende Zuständigkeitsentscheidung nach ihrer Rechtskraft stets die anderen Gerichte bindet, und da bei bejahter Zuständigkeit das zweite Gericht entweder nicht angerufen wird oder, falls angerufen, die Streithängigkeit des Prozesses vor dem ersten Gerichte oder seine rechtskräftige Entscheidung von Amts wegen zu wahren hat. Somit sollte § 47 J. N. über die Regelung der „Streitigkeiten über die Zuständigkeit zwischen inländischen Gerichten" trotz seines Wortlautes hier kein Anwendungsgebiet und daher keine Anwendung finden. Dennoch ist ein solches dann vorhanden, wenn alle in hypothesi in Frage kommenden Gerichte erster Instanz[25]) sich rechts-

---

[21]) Sie muß allenfalls für ihn wiederholt werden, soweit er sie nicht gehört hat; § 138 Z. P. O.

[22]) A. M. Horten S. 250; er hält dieses Votum (im § 64 J. N. „Mitteilung" genannt, weil noch nicht feststeht, ob es eine „Stimme" ist) für eine „formlose Mitteilung" der Meinung des Ausscheidenden; was soll die zweite Instanz damit beginnen?

[23]) A. M. Horten S. 250, der keine völlige Übereinstimmung fordert.

[24]) § 530 Z. P. O. sagt: „Urteil".

[25]) § 47 J. N. spricht von „Gerichten erster Instanz". Damit lehnt er sich an § 2 J. N. („in erster Instanz sind zur

kräftig für sachlich unzuständig erklärt haben. Das kann freilich nur vorkommen, wenn eines derselben, mindestens das zuletzt angerufene, das Gesetz verletzt hat; aber gerade für diesen Fall ist die Norm des § 47 J. N. zweckmäßig erlassen, welche dann — nach den früheren Ausführungen nur dann[26]) — die Bestimmung des in concreto sachlich zuständigen Prozeßgerichtes erster Instanz durch das den streitenden Gerichten zunächst übergeordnete gemeinsame höhere Gericht verordnet (§ 47 J. N.).

Auf die Verhältnisse zwischen ordentlichen und Sondergerichten findet § 47 J. N. sinngemäße Anwendung;[27]) eine solche ist dem Reichsgerichte,[28]) den Patentgerichten und den Arbeiterversicherungsgerichten[29]) gegenüber unmöglich, weil es an einem ihnen übergeordneten Gerichte fehlt.

Über das Verfahren nach § 47 J. N. siehe § 66 V.

§ 56. Verschiebungen der Zuständigkeit durch Parteierklärungen.[1])

I. Das Gesetz kennt den Zuständigkeitsgrund der Parteienvereinbarung, und zwar sowohl rücksichtlich der örtlichen als auch rücksichtlich der sachlichen Zuständigkeit;[2]) hiebei schaffen die Parteien nicht, wie die Lehre des gemeinen Rechtes annahm, den Zuständigkeitsgrund, sondern nur den Tatbestand eines gesetzlichen Zuständigkeitsgrundes:[3]) „Parteiendereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte“ (§ 104 J. N.). Einen gesetzlichen Zuständigkeitsgrund: „Einseitige Parteierklärung über die Zuständigkeit“ etwa in einem Testamente, einem Wechsel gibt es nicht,[4]) da keine Norm desselben gedenkt.[5])

Ausübung dieser Gerichtsbarkeit berufen . . .“) an. Aber gerade deshalb muß man unter den im § 47 J. N. genannten Gerichten auch die Oberlandesgerichte und den obersten Gerichtshof für die Fälle verstehen, in denen sie in erster Instanz einschreiten (siehe § 53); Demelius S. 49; Neumann, Komm. I. S. 1162.

[26]) A. M. v. Canstein S. 67; Neumann, Komm. I. S. 1160; Horten S. 211; letzterer findet einen Anwendungsfall darin, daß das zweite Gericht die Entscheidung des ersten nicht kennt; es ist nicht klar, wie das anders als durch eine Fahrlässigkeit des Klägers geschehen kann, und warum dann statt des zweifellos erfolgreichen Rekurses das Verfahren nach § 47 J. N. platzgreifen soll. Für das deutsche Recht, welches die Streithängigkeit nicht von Amts wegen wahrnehmen läßt, entscheidet Wach I. S. 497 anders.

[27]) In der Praxis ergibt sich hiezu nicht selten zwischen Bezirksgerichten und Gewerbegerichten Anlaß.

[28]) Demelius S. 49 aus anderen Gründen.

[29]) Selbstredend auch den Prisengerichten gegenüber.

[1]) Sperl, Vereinbarung der Zuständigkeit und Gerichtsstand des Erfüllungsortes (1897); über das frühere österr. Recht R. Pollak in Grünhuts Zeitschr. XVIII. S. 64 ff., woselbst die deutsche Literatur.

[2]) Um des Zusammenhanges willen werden hier beide und die funktionelle Zuständigkeit behandelt.

[3]) Das steht seit Bülow (Arch. für zivil. Praxis LXII. S. 1 ff.) fest; die Textierung des § 104 J. N. („. . . einem an sich unzuständigen Gerichte . . .“) ist freilich noch immer ungenau.

[4]) Neumann, Komm. I. S. 1241; a. M. Sperl S. 118 ff.; Horten S. 317. Vergl. Ehrenzweig in Grünhuts Zeitschr. XVIII. S. 230.

[5]) Anders § 599 Z. P. O. für Schiedsverträge.

Der Zuständigkeitsgrund der Parteienvereinbarung (prorogatio) besteht aus zwei Tatbestandelementen: der Vereinbarung und ihrem Beweise; das zweite, dem früheren Rechte fremd, soll Erschleichungen dieser Zuständigkeit namentlich in Versäumnisfällen begegnen (siehe Anm. 33).

Die Vereinbarung ist die übereinstimmende Willenserklärung zweier Personen, ein bestimmtes Gericht solle zuständig sein; diese in der Regel[6]) außerhalb des Prozesses getroffene Vereinbarung stellt keine Prozeßhandlung,[7]) sondern nur eine in Bezug auf den Prozeß gesetzte Handlung vor und ist darum ein privatrechtlicher Vertrag;[8]) als solcher untersteht er neben den für ihn erlassenen Vorschriften des Prozeßrechtes den Normen des Privatrechtes. Daraus ergibt sich folgendes: die vertragschließenden Parteien müssen handlungsfähig sein; ihre Prozeßfähigkeit kommt dagegen nicht in Frage.[9]) Die Prozeßvollmacht als solche ermächtigt nicht zum Vertragsabschlusse,[10]) und es besteht für diesen Vertragsabschluß kein Anwaltszwang. Auf Universalsukzessoren gehen die Rechte und Pflichten aus dem Prorogationsvertrage über; ob auch auf Singularsukzessoren, ist quaestio facti, doch sind die Rechte aus dem Prorogationsvertrage jedenfalls zedierbar.[11]) Indossatare erwerben sie nicht, weil (und wenn) sie originäre Wechselrechte erwerben.[12]) Eine besondere Form des Vertragsabschlusses ist nicht vorgeschrieben;[13]) derselbe kann also mündlich, schriftlich, ausdrücklich oder stillschweigend[14]) abgeschlossen werden. Da die Schriftlichkeit hier kein Formerfordernis ist, bedarf es natürlicherweise auch nicht der Unterzeichnung der Urkunde durch beide Parteien.[15])

Diese Urkunde selbst ist aber allerdings nötig. Nur durch sie[16]) darf nämlich der Prorogationsvertrag bewiesen werden (§ 104 J. N.; siehe III); nur durch sie wird demnach die Wirkung der Vereinbarung begründet. Nur handelt es sich hiebei nicht um eine Solennitäts-, sondern um eine Beweisurkunde, und darum gilt weder das Erfordernis des § 884 a. b. G. B. noch irgend ein anderes bestimmtes Erfordernis für ihre Gültigkeit; nicht einmal das Erfordernis auch nur einer Partei-Unter-

[6]) Nicht immer; Sperl S. 95, der auch viele Details bringt.

[7]) Sperl S. 67; R. Pollak S. 81.

[8]) A. M. Sperl S. 64 ff.; Horten S. 316.

[9]) A. M. Sperl S. 91; Neumann, Komm. I. S. 1241.

[10]) A. M. Sperl S. 90.

[11]) Z. E. Nr. 133.

[12]) Petschek in Jur. Vrtjschr. XXX. S. 162 Anm. 18; a. M. Sperl S. 119 Anm. 4.

[13]) v. Schrutka, Umgestaltung S. 119; Neumann, Komm. I. S. 1241; Sperl S. 93; a. M. Trutter S. 315; O. G. H. in G. Z. 1900 S. 32. Vergl. Materialien I. S. 17.

[14]) R. Pollak S. 70 ff; Horten S. 317; Gl. U. Nr. 11634; a. M. Sperl S. 92; Neumann, Komm. I. S. 1242. Wenn § 104 J. N. von einer „ausdrücklichen" Vereinbarung spricht, so meint er damit eine „ausdrücklich auf Zuständigkeitsbegründung gerichtete", z. B. im Gegensatze zu jener des § 88 J. N.

[15]) A. M. Pfaff-Schey Nr. 409; siehe weitere Nachweise bei Sperl, Übersicht über die Literatur (G. Z. 1899 S. 51).

[16]) A. M. Horten S. 318, der auch Geständnisse für zulässig hält (in der Klage?).

schrift ist aufgestellt, da eine solche zwar zur Beweiswirkung förderlich (§ 294 Z. P. O.), aber nicht erforderlich ist; so können z. B. nicht unterschriebene Bestellzettel[17]) unter Umständen den urkundlichen Beweis des Prorogationsvertrages erbringen. Auch der Zeitpunkt der Errichtung der Urkunde ist gleichgültig (siehe aber III).

II. Inhalt. Sein Inhalt ist durch das Gesetz begrenzt, innerhalb dieses Gebietes durch den Parteiwillen in concreto bestimmt.

Grundsätzlich gestattet das Gesetz jede sowohl sachliche als örtliche[18]) Prorogation; es steht dem auch de lege ferenda nur selten ein Bedenken entgegen. Zunächst regt sich ein solches dann, wenn die wirtschaftliche Übermacht eines Kontrahenten eine dem anderen nachteilige, seine Prozeßführung erschwerende Prorogation erzwingt; diesem Bedenken ist einigermaßen durch § 6 des Ges. vom 27. April 1896 Nr. 70; Art. XXIII Einf. Ges. zur Z. P. O.; Art. XXX Einf. Ges. zur E. O.[19]) Rechnung getragen. Ein zweites Bedenken ist nicht durch die Rücksicht auf die Parteien, sondern durch jene auf die Geschäftsverteilung der Gerichte hervorgerufen, welche dort nicht verschoben werden soll, wo dies der Partei zu keinem Vorteile gereicht; aus diesen Bedenken sind im wesentlichen für die sachliche Zuständigkeit Konsequenzen gezogen. Im einzelnen gilt folgendes:

An dem Grundsatze der Zulässigkeit der Prorogation hält das Gesetz fest (§ 104 J. N.); nicht verbotene Prorogationen sind gestattet: so sind denn auch Prorogationen auf österreichische Gerichte für Rechtsschutzansprüche, die vor ausländische Gerichte gehören, und umgekehrt zulässig.[20]) Verboten aber sind folgende Prorogationen:[21]) für und auf die Gerichte höherer Instanz (§ 104 J. N.); bezüglich aller in der Exekutionsordnung und ihrem Einführungsgesetze normierten (örtlichen und sachlichen) Zuständigkeiten (§ 51 E. O.); bezüglich aller Wiederaufnahms- und Nichtigkeitsklagen[22]) (örtlich und sachlich); von den ordentlichen Gerichten auf die Sondergerichte mit Ausnahme der ständigen Schiedsgerichte, ein Satz, der nur im § 23 Gew. Ger. Ges. ausgesprochen ist, sich aber aus der Natur der Sondergerichte und dem korrespondierenden Verbote des § 104 J. N. ergibt; von den ordentlichen Gerichten auf ein (ständiges) Schiedsgericht, wenn die Prorogation durch Kartell erzwungen ist (Art. XXX Einf. Ges. zur E. O.) oder bei Börsenschiedsgerichten über den Rahmen des Art. XIV hinausgreift

[17]) Nicht auch die — erst nach Vertragsabschluß zugesendete — Faktura.

[18]) Auch bei „ausschließlichen" örtlichen Zuständigkeiten; Sperl S. 74 ff. (überzeugend); v. Schuster S. 72; Z. E. Nr. 106; Pfaff-Schey Nr. 612; a. M. v. Schrutka S. 118.

[19]) Hier sind sowohl Schieds- als auch Prorogationsverträge gemeint; arg. Art. XXIII Einf. Ges. zur Z. P. O. („Schiedsvertrag").

[20]) Sperl S. 109 ff.; R. Pollak S. 77 ff.; Walker, Streitfragen S. 120 ff.; a. M. Neumann, Komm. I. S. 1243: ihre Zulässigkeit hänge vom ausländischen Rechte ab; siehe dagegen S. 241.

[21]) Auch die Grenzen zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden dürfen nicht verrückt werden (§§ 42, 104 J. N.; 477 Z. P. O.).

[22]) Das Gesetz sagt es nicht; es ergibt sich ex ratione des § 532 Z. P. O.

(siehe S. 257 f.); von den Sondergerichten mit Ausnahme der Börsenschiedsgerichte auf die ordentlichen Gerichte (§ 104 J. N.; Art. XIII Einf. Ges. zur Z. P. O.; § 6 Börsegeſ.; ſachlich); innerhalb der Sondergerichte von einer Gruppe auf die andere; innerhalb der ordentlichen Gerichte vom Einzelgericht auf das Kollegialgericht,[23]) vom Landesgerichte auf das Handelsgericht (den Handelsſenat) oder den bergrechtlichen Senat;[24]) für die im § 50 Z. 1—5 J. N. „ausſchließend" dem Landesgerichte zugewieſenen Anſprüche auf ein Einzelgericht (alles ſachlich); endlich iſt bei Ratengeſchäften die Prorogation auf ein anderes Gericht als das forum domicilii des inländiſchen[25]) Käufers gegen dieſen ungültig[26]) (§ 6 Ratengeſ.; örtlich), es ſei denn das Geſchäft auf ſeiner Seite ein Handelsgeſchäft. Die verbotswidrig abgeſchloſſenen Prorogationen ſind ungültig und dieſe Ungültigkeit iſt von Amts wegen wahrzunehmen; hievon gibt es zwei Ausnahmen: die durch ein Kartell erzwungene Prorogation wird zuläſſig, wenn der Beklagte vor dem Schiedsgerichte auf die Geltendmachung ihrer Ungültigkeit ausdrücklich verzichtet (Art. XXX Einf. Geſ. zur E. O.); in ähnlicher Weiſe wird eine Prorogation in Ratengeſchäften auf ein außerhalb des Domizils des inländiſchen Käufers liegendes Gericht gegen dieſen zuläſſig, wenn der beklagte Käufer ſich trotz richterlicher Rechtsbelehrung in den Prozeß einläßt[27]) (§ 6 Ratengeſ.).

Innerhalb dieſer Grenzen[28]) beſtimmt der Wille der Parteien das Gericht. Die Beſtimmung muß eine hinreichend genaue ſein (§ 869 a. b. G. B.). Hiefür verlangt § 104 J. N. die Bezeichnung wenigſtens des Rechtsverhältniſſes, für deſſen Anſprüche prorogiert wird, und des prorogierten Gerichtes. Auch das letztere muß beſtimmt, nicht bloß beſtimmbar ſein. Es iſt darum zwar zuläſſig, mehr als ein Gericht als prorogiert

[23]) Innerhalb der Einzelgerichtstypen iſt die Prorogation zuläſſig (§ 104 Abſ. 2 J. N.); a. M. Demelius S. 117; wie Text Neumann, Komm. I. S. 1245.

[24]) Die Prorogation zwiſchen Handels- und dem bergrechtlichen Senat iſt unzuläſſig; § 104 J. N. ſagt das zwar nicht, muß es aber nach ſeinem Sinne meinen.

[25]) Auf den Wohnſitz, nicht auf die Staatsbürgerſchaft kommt es an.

[26]) Sperl S. 79 Anm. 21; Neumann, Komm. I. S. 1243 erklären noch die Prorogation auf inländiſche Gerichte in Statusſachen der Ausländer als unzuläſſig. Allein das Geſetz geſtattet ſie (§ 104 Abſ. 1 J. N.), und daß die betreffenden Erkenntniſſe im Auslande vielleicht keine Wirkung haben, iſt für die Zuläſſigkeit der Prorogation gleichgültig. Umgekehrt erklärt Walker S. 120 in Eheſachen von Öſterreichern die Prorogation auf ein ausländiſches Gericht für unzuläſſig.

[27]) Über die Gültigkeit dieſes § 6 Ratengeſ. ſiehe S. 113. Die hieher gehörige Literatur iſt: Petſchek in Jur. Vrtjſchr. XXX. S. 146 ff.; Walker in Zeitſchr. f. Not. 1898 Nr. 24; Bloch in G. Z. 1898 S. 111 f. (für die Gültigkeit); Hofer in Zeitſchr. f. Not. 1898 Nr. 17, 21 (gegen dieſelbe). Vergl. auch Z. E. Nr. 406.

[28]) Für die Fälle der §§ 51, 53 J. N. iſt die Prorogation zuläſſig, da ſie nicht „ausſchließlich" den Handelsgerichten und bergrechtlichen Senaten zugewieſen ſind; überzeugend Sperl S. 70 ff.; v. Winiwarter, Wechſelprozeß (Jur. Bl. 1897 S. 433); a. M. Fragenbeantwortung S. 11; Neumann, Komm. I. S. 1244; Pavlicek, Zum Wechſelverfahren (G. Z. 1898 Nr. 3). Vergl. auch Juſter, Vereinbarung über die ſachliche Zuſtändigkeit im Wechſelprozeſſe (G. H. 1899 Nr. 18 f.); zweifelnd Ullmann S. 29.

zu nennen,[29]) nicht aber lediglich die Zuständigkeit eines Gerichtes auszuschließen[30]) oder die Bestimmung des Gerichtes im Prozeßfalle einer Partei zu überlassen; auch genügt es nicht, lediglich eine örtliche oder eine sachliche Zuständigkeit zu vereinbaren, wenn hiedurch das prorogierte Gericht zwar bestimmbar, aber nicht bestimmt wird.[31]) Vereinbarungen, welche diesen Erfordernissen nicht entsprechen, sind mangels Bestimmtheit wirkungslos (§ 104 J. N.). Dagegen tritt diese Folge nicht ein, wenn der Vertrag darüber keine Auskunft gibt, ob eine ausschließende oder eine wahlweise Zuständigkeit vereinbart sei; das ist dann eine, im Zweifel zu Gunsten der wahlweisen Zuständigkeit zu beantwortende quaestio facti.[32])

Für die Gültigkeit des Vertrages ist es gleichgültig, ob er den Zuständigkeitsgrund für das prorogierte Gericht in concreto erst schafft oder ob dieses Gericht nach einer anderen Norm noch zuständig wäre.

III. Zeit. In der Regel (und nur an sie denkt § 104 J. N.) wird die Vereinbarung vor dem Prozeßbeginne getroffen; nach Art. XIV Einf. Ges. zur Z. P. O. muß sie bei Börsenschiedsgerichten sogar vor der Geschäftsabwicklung geschehen, in einem Falle mit dem Abschlusse des Geschäftes zusammenfallen (siehe S. 258). In diesen Fällen muß dann der urkundliche Nachweis des Abschlusses durch die Vorlegung des Urkundenoriginales[33]) in der Klage erbracht sein (§ 104 Abs. 1 J. N.): somit darf dieser Nachweis nicht nachträglich erbracht werden: der Zuständigkeitsgrund ist für diesen Prozeß, wenn auch nicht für diesen Rechtsschutzanspruch verloren.

Ex ratione legis ergibt sich jedoch, daß — mit der Ausnahme des Falles des Art. XIV Einf. Ges. zur Z. P. O. — auch nach dem Prozeßbeginne die Prorogation sowohl für den Klaganspruch als auch für andere Ansprüche (z. B. Feststellungsanträge) zulässig ist;[34]) hiedurch kann auch die Verletzung der Norm über die Vorlegung der Urkunde mit der Zustimmung des Gegners gutgemacht werden. Diese Prorogation darf sich sowohl auf das Prozeßgericht als auch auf ein anderes Gericht beziehen,[35]) nur daß das letztere nicht den vor dem Prozeßgerichte begonnenen Prozeß fortsetzt, sondern einen neuen beginnt. Mit Rücksicht auf die Normen über die Streithängigkeit (§ 240 Z. P. O.) muß darum manchmal mit der Prorogation auf ein anderes Gericht die Rücknahme der anhängigen Klage verbunden werden (§ 237 Z. P. O.).

---

[29]) Sperl S. 124.

[30]) Sperl S. 135 ff.; a. M. Kohler in Gruchots Beitr. XXX. S. 481 ff.

[31]) So wohl Allerhand in Gellers Ztbl. XIV. S. 275; a. M. Sperl S. 124.

[32]) Vergl. Pfaff-Schey Nr. 274 (ausschließliche); L. G. Wien in Jur. Bl. 1898 S. 387 (wahlweise Zuständigkeit); Pfaff-Schey Nr. 1138 (im Zweifel wahlweise).

[33]) Ausnahme von § 77 Z. P. O.; ihr Grund liegt darin, daß in dem Versäumnisverfahren das Original der Prorogationsurkunde sonst dem Gerichte nicht zu Gesicht käme. Siehe im Texte I.

[34]) Sperl S. 95; a. M. Neumann, Komm. I. S. 1245.

[35]) A. M. Sperl S. 96, der aber wohl nur an die Fortsetzung des Prozesses bei dem zweiten Gerichte denkt.

IV. Die Wirkung des Prorogationsvertrages ist die Setzung des gesetzlichen Tatbestandes des Gerichtsstandes der Vereinbarung (§ 104 J. N.). Die Grenzen der Zulässigkeit eines Prorogationsvertrages werden von Amts wegen gewahrt und sind bei sonstiger Nichtigkeit[36]) zu beobachten (§ 477 Z. 3 Z. P. O.); innerhalb dieser Grenzen aber ist die Wahrung der Rechte aus dem Prorogationsvertrage den Parteien überlassen. Der Kläger wahrt sie sich durch die gehörige, form- und zeitgerechte Bezugnahme auf den Prorogationsvertrag, der Beklagte durch die Erhebung der Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes, wenn dieses nicht das ausschließend[37]) vereinbarte ist.

§ 57. Verschiebungen der Zuständigkeit durch Präklusion.[1])

I. Logischerweise ist eine Unzuständigkeit unheilbar. Aber diese Logik ist aller Prozeßökonomie zuwider. Darum bestimmt das Gesetz: es gibt keine unheilbare Unzuständigkeit; jede ist in irgend einem Prozeßstadium heilbar, und zwar umso leichter, je weiter der Prozeß vorgeschritten ist; denn je weiter er vorgeschritten, desto mehr Arbeit zur Hauptsache ist schon getan. Hierin liegt eine richtige Abwägung der Bedeutung der Zuständigkeits- im Verhältnisse zur Hauptfrage des Prozesses.

Eine Art der Heilung der Unzuständigkeit ist im § 55 besprochen; sie beruht darauf, daß das Gericht über seine Zuständigkeit (irrig) entschieden hat. Die zweite Art solcher Heilung beruht auf der nicht rechtzeitigen Wahrung der Unzuständigkeit, also im Gegensatze zum ersten Falle, wo über die Zuständigkeit gesprochen wurde, auf dem Schweigen. Die Folge dieses Schweigens ist die Präklusion des Redens. Tritt sie gegenüber den Parteien ein, so begründet sie einen gesetzlichen Zuständigkeitsgrund, der sich aus zwei Momenten zusammensetzt: Einleitung des Verfahrens auf die Klage trotz der nicht vorhandenen Zuständigkeit;[2]) Verschweigung der Unzuständigkeit.

II. Die Einleitung des Verfahrens auf die Klage ist Sache des Gerichtes, welches hiebei eine Prüfung der Zuständigkeitsfrage im gewissen Umfange vorzunehmen hat (§ 43 J. N.); hat es das Verfahren eingeleitet, so darf es die Zuständigkeitsfrage nicht mehr prüfen,[3]) wenn es sich nicht um eine durch eine Vereinbarung nicht zu beseitigende (un-

[36]) Die Nichtigkeitsklage hat aber nicht statt (§ 529 Z. P. O.).

[37]) Ist die Zuständigkeit als wahlweise vereinbart, so steht diese Einrede dem Beklagten nicht zu.

[1]) Sperl, Vereinbarung der Zuständigkeit S. 54 ff., 87 ff., wo auch die Redaktionsgeschichte des § 104 Abs. 3 J. N. klar und kritisch dargestellt ist; Hellmer, Über die Zuständigkeit der Bezirksgerichte im Mahnverfahren (G. H. 1901 S. 111 f.); M. Pollak, Die Wahrnahme der Unzuständigkeit im Mahnverfahren (G. H. 1901 Nr. 11). — Auch in diesem Paragraphen sind um des Zusammenhanges willen die sachliche und die örtliche Zuständigkeit dargestellt.

[2]) Ist sie hier vorhanden, so wirkt der vorhandene Zuständigkeitsgrund.

[3]) Auch nicht bei der Rücknahme der das Verfahren etwa einleitenden prozeßleitenden Verfügung; § 43 J. N. begründet eine Ausnahme vom § 425 Abs. 2 Z. P. O.

prorogierbare) Unzuständigkeit handelt (§ 240 Z. P. O.). War darnach die Einleitung des Verfahrens unbegründet, ohne daß es sich um eine unprorogierbare Unzuständigkeit handelt, so ist die Wahrung der Zuständigkeit den Parteien überlassen.

Der Kläger kann sie innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes durch die Klagrücknahme wahren (§ 237 Z. P. O.); der Beklagte hat die Einrede der Unzuständigkeit, diese aber nur bei der ersten Tagsatzung,[4]) im Urkundenprozesse in den Einwendungen[5]) (§ 239 Z. P. O.). Hat er sie in diesem Zeitpunkte verschwiegen, obwohl sie begründet war, so ist nun die Zuständigkeit begründet,[6]) und zwar ohne Rücksicht auf das Motiv der Verschweigung, also auch dann, wenn es nicht in der Zustimmung zu einer Zuständigkeitsbegründung liegt, ja selbst dann, wenn diese Verschweigung willen- und motivlos erfolgte.[7])

III. Ist die Unzuständigkeit nicht durch eine Vereinbarung beseitigbar, so treten die sub II dargestellten Wirkungen der Präklusion nicht ein. Vielmehr hat da das Gericht die Pflicht zur Wahrung seiner Zuständigkeit bis zur rechtskräftigen Endentscheidung, und jede Prozeßpartei darf es wann immer während des Prozesses zur Erfüllung dieser Pflicht mahnen (§ 240 Z. P. O.). Die Form dieser Mahnung braucht nicht die Einrede zu sein; während des Verfahrens innerhalb jeder Instanz genügt jede beliebige Anregung. Nach für das Gericht unabänderlich gefällter Endentscheidung (§ 416 Z. P. O.) jedoch bedarf es eben wegen dieser Unabänderlichkeit der Einlegung eines Rechtsmittels. Siehe darüber S. 116 ff.

IV. Die bisher für die Klage entwickelten Sätze gelten auch für Feststellungsanträge (§§ 236, 259 Z. P. O.); nur darf bei ihnen die örtliche Zuständigkeit gar nicht, die sachliche dagegen nach Analogie des § 43 J. N. nur bei der Erhebung des Antrages vom Gerichte, von dem Gegner nur in der mündlichen Verhandlung, in der der Antrag erhoben wurde, vor der Einlassung in sein meritum geltend gemacht werden.[8]) Ist die sachliche Unzuständigkeit für den Feststellungsantrag unprorogierbar, so gelten die Sätze sub III.

Für Kompensationseinwendungen gibt es keine Zuständigkeitsprüfung, daher auch keine Präklusion derselben.[9])

---

[4]) Wenn es bei Bezirksgerichten keine gibt, bei der ersten mündlichen Streitverhandlung (§ 440 Z. P. O.). Im Exekutionsverfahren ist das Problem wegen des § 51 E. O. nicht vorhanden.

[5]) Klein, Vorlesungen S. 220 f.; zweifelhaft Neumann, Komm. I. S. 1012 f.; a. M. Sperl S. 87 Anm. 11. Ausdrücklich steht es freilich nicht im Gesetze.

[6]) Über den Birkmeyer'schen Begriff der Judikationsbefugnis des unzuständigen Gerichtes siehe R. Pollak in Grünhuts Zeitschr. XVIII. S. 108.

[7]) Unrichtig formuliert ist § 104 Abs. 3 J. N., der sagt, die Präklusion trete (erst) ein, wenn der Beklagte „in der Hauptsache mündlich verhandelt"; das ist eine Abschrift aus § 39 dtsch. Z. P. O., die aber keine erste Tagsatzung kennt! Ebenso Sperl S. 53 ff.; Demelius S. 117.

[8]) A. M. Neumann, Komm. I. S. 1246; allein wenn man nicht § 43 J. N. heranzieht, fehlt jede Regelung der Frage.

[9]) Mangels anderweitiger Normen gelten die entwickelten Sätze sinngemäß auch für die Sondergerichte.

III. Die örtliche Zuständigkeit im Erkenntnisverfahren erster Instanz.

§ 58. Die Grundlagen.

I. Man kann sich einen Staat ohne eine sachliche Zuständigkeitsordnung für seine Gerichte recht wohl denken, ohne daß seine Rechtspflege Schaden leiden müßte; nur müßte ein solcher sich mit einer einzigen Gerichtstype für die erste Instanz begnügen, welche dann entsprechend organisiert zu sein hätte. Daß kein größerer Staat zu diesem Resultate kam, beruht zum Teile auf historischen, zum Teile auf finanziellen Gründen, namentlich darauf, daß dieses Resultat nur durch den Verzicht auf die Einzelgerichtsbarkeit zu erreichen wäre.[1]) Anders steht es mit der örtlichen Zuständigkeitsordnung. Auf sie vermag kein Staat zu verzichten, den sein Gebietsumfang zwingt, mehr als eine Gerichtsanstalt erster oder höherer Instanz aufzustellen. Er muß dann die Geschäfte unter diese Mehrheit nach im vorhinein bestimmten Merkmalen verteilen, und das müssen verständigerweise lokale Merkmale sein, weil die Mehrheit der Gerichtsstellen hier auf solchen beruht. So wird denn überall das Reich in Sprengel,[2]) das heißt örtlich abgegrenzte Teile des Reichsgebietes geteilt; für jeden Sprengel wird in jeder Instanz ein Gericht bestellt und jedem Gerichte die Gruppe von Rechtssachen zugeteilt, welche gerade zu diesem Sprengel eine lokale Beziehung haben. Daraus folgt, daß die Sprengel lückenlos aneinanderschließen und zusammen das ganze Reichsgebiet erfüllen müssen, da es sonst vor die Gerichte dieses Staates gehörige Rechtssachen gäbe, für welche die lokale Beziehung zu einem bestimmten Gerichte wegen einer Lücke in den Sprengeln fehlen würde. Jeder Ort des Reiches hat denn auch ausnahmslos in jeder Instanz sein örtlich zuständiges Gericht; ebenso jeder Rechtsschutzanspruch, dessen Entscheidung vor die österreichischen Gerichte gehört. Dort, wo wie in Österreich eine Mehrheit von Gerichtstypen in erster und zweiter Instanz und mit ihnen eine sachliche Zuständigkeitsordnung besteht, ist für jeden Ort sogar immer eine Mehrheit von Gerichten örtlich, für jeden Anspruch in erster Instanz bisweilen eine Mehrheit sowohl örtlich als sachlich zuständig.

II. Die örtliche Zuständigkeitsordnung kennt seit jeher und notwendigerweise einen allgemeinen Zuständigkeitsgrund, „allgemeiner Gerichtsstand" genannt, welcher auf dem Satze fußt: actor sequitur forum rei. Die ratio für diesen Satz beruht auf zwei Erwägungen, einer hauptsächlichen zu Gunsten des Beklagten, einer nebensächlichen zu jener des Klägers. Der Beklagte soll nur vor seinem Gerichte[3]) Rede und Antwort stehen müssen, weil er dem Kläger gegenüber darin im Nachteile ist, daß dieser die Zeit und die Art des Angriffes nach eigenem Ermessen bestimmt, und weil

[1]) Vergl. Skedl, Zur Frage der Gerichtsorganisation S. 6 ff., der sich für die Einzelgerichtsbarkeit ausspricht.

[2]) Diese Sprengel sind auch wegen der Begrenzung der Exekutionsgewalt wichtig.

[3]) Das ist nicht immer ein Gericht seines Heimatsstaates.

dieser Nachteil durch die erleichterte Zugänglichkeit des Gerichtes für den Beklagten oder durch den Umstand ausgeglichen werden soll, daß der Beklagte vor den Gerichten seines Staates am ehesten und nach seiner Rechtsordnung Recht gesprochen erhält: staatsrechtliche und Billigkeitserwägungen griffen da ineinander, heutzutage freilich ausschließlich die letzteren. Zu Gunsten des Klägers dient die zitierte Parömie nur in entfernterer Weise: das Gericht des Beklagten vermag in der Regel am leichtesten die Exekutionsgewalt über diesen auszuüben. Als Ort des allgemeinen Gerichtsstandes fungierte bei den Römer domicilium und origo des Beklagten, nach älterem deutschen Rechte domicilium und der Grundbesitz des Beklagten, nach heutigem das domicilium und dessen Surrogate (siehe § 59).

Neben diesem allgemeinen Gerichtsstande wuchsen im Laufe der Zeit „besondere Gerichtsstände" in großer Zahl empor; nirgends dürfte ihre Zahl größer als in Österreich sein, und trotzdem hiedurch der empfindliche Nachteil entsteht,[4]) daß der Beklagte vor ein ihm nicht leicht zugängliches Gericht gezogen, daß ihm hiedurch die Verteidigung erschwert, verteuert oder wirtschaftlich undurchführbar gemacht, und daß die Zuständigkeitsordnung ungemein kompliziert wird, hat die Jurisdiktionsnorm hierin keine Besserung des früheren Rechtszustandes gebracht. Die Motive für diese besonderen, nämlich für einzelne Anspruchstypen, nicht nach dem domicilium des Beklagten gewährten Gerichtsstände sind sehr verschiedenartig. Zum Teile beruhen sie auf der Existenz der Sondergerichte, für die der allgemeine Gerichtsstand in der Regel schon deshalb nicht verwendbar ist, weil ihre Sprengel das Reich nicht lückenlos erfüllen. Für die besonderen Gerichtsstände in Statusprozessen sprechen wenigstens in einzelnen Fällen (§ 100 J. N.) Interessen der Staatshoheit, für manche andere (z. B. § 94 J. N.; § 17 E. O.) solche der erleichterten Sachverhaltsermittlung. Für die weitaus meisten besonderen Zuständigkeitsgründe aber ist lediglich die Rücksicht auf den Kläger maßgebend, indem sie bald als Begünstigung des im Inlande wohnenden Klägers gegen den im Auslande wohnenden Beklagten, bald als sozialpolitische Begünstigung des armen Klägers gegen den bemittelten Beklagten, bald endlich als die Begünstigung des verkaufenden Teiles des Handelsstandes gegen die Käufer entstanden sind und bestehen (z. B. §§ 88, 104 J. N.); diese letzteren Gerichtsstände sind das bedauerliche Ergebnis von politischen Machtfragen, bei denen immerhin der Staat jetzt seine Prozeßziele denen der Verkäufer gegenüber schon besser gewahrt hat als bisher, so daß der Kampf zwischen den Staatszwecken und jenen eines mächtigen Teiles des Handelsstandes immerhin nicht mehr so ungünstig für den Staat endete als früher. Alle der Rücksicht auf den Kläger entstammenden Gerichtsstände aber sind Verletzungen des allgemein als richtig anerkannten Postulates: actor sequitur forum rei, und darum bedenklich, besonderer, nicht immer erreichbarer Rechtfertigung ihrer Existenz

[4]) Er wurde auch von zuständiger Seite erkannt; Klein, Pro futuro S. 63 ff.; § 6 Ratengesetz.

bedürftig. Daß gerade sie im Rechtsleben die größte Rolle spielen, macht ihre Rechtfertigung umso dringlicher.

III. Das Gesetz teilt ein:[5]) allgemeiner Gerichtsstand (§§ 65—75 J. N.), besondere Gerichtsstände (§§ 76—104 J. N.); die letzteren zerfallen in ausschließliche und Wahlgerichtsstände, von denen die ersteren den allgemeinen Gerichtsstand und die Wahlgerichtsstände[6]) ausschließen,[7]) während die zweiten[8]) neben dem allgemeinen Gerichtsstande bestehen. Die Wahlgerichtsstände räumen als solche dem Kläger ein Wahlrecht ein; bei ausschließlichen muß dies expresse im Gesetze zugelassen sein und besteht nur innerhalb gewisser ausschließlicher Gerichtsstände (§ 6 E. O.).

§ 59. Der allgemeine Gerichtsstand.[1])

I. Allgemeiner Gerichtsstand ist jener vor den ordentlichen Gerichten, bei welchem alle Ansprüche angebracht werden können, für die kein ausschließender (siehe § 56 Anm. 2) besonderer Gerichtsstand besteht, und alle angebracht werden müssen, für die (wie z. B. für die meisten Anfechtungsprozesse)[2]) kein besonderer Gerichtsstand besteht (§ 65 J. N.). Als allgemeiner Gerichtsstand fungiert jenes Gericht, in dessen Sprengel der freiwillige Wohnsitz, notwendige Wohnsitz oder der Aufenthalt des Beklagten begründet ist; überdies gibt es einen vom freiwilligen, notwendigen Wohnsitz oder Aufenthalt einer anderen Person als des Beklagten abgeleiteten allgemeinen Gerichtsstand.[3]) Einen allgemeinen Gerichtsstand können sowohl physische als juristische Personen haben; aber nur juristische Personen sind ohne einen allgemeinen Gerichtsstand im Sinne der Jurisdiktionsnorm nicht denkbar, während es physische Personen ohne einen solchen geben kann.[4]) Der allgemeine Gerichtsstand braucht nicht im Inlande zu liegen; liegt sein Tatbestand im Auslande lokalisiert vor, hat z. B. ein Beklagter seinen Wohnsitz im Auslande, so hat der Betreffende dann zwar einen allgemeinen Gerichtsstand im Sinne der Jurisdiktions-

---

[5]) In der Jurisdiktionsnorm, ohne ausdrückliche Übertragung auf die Sondergerichte und die Exekutionsordnung; doch ist die Terminologie der Jurisdiktionsnorm in den anderen Gesetzen festgehalten.

[6]) Hievon Ausnahmen nach zwei Richtungen: a) das forum prorogatum wird nicht ausgeschlossen (arg. § 51 E. O.); b) die Gerichtsstände der §§ 77 Abs. 1, 79 J. N. schließen nicht aus.

[7]) A. M. Sperl, Vereinbarung S. 76.

[8]) Zu denen bisweilen — nicht immer, wie seine Stellung im Gesetze erwarten ließe — der Gerichtsstand der Vereinbarung gehört; siehe S. 288 f.

[1]) v. Schuster S. 49 ff.; v. Schrutka, Umgestaltung S. 70 ff.; Trutter S. 296 ff.; Beißer, Streitgenossenschaft und Zuständigkeit (G. Z. 1899 S. 355 ff.); Wach I. S. 398 ff. Nicht beizutreten Neumann, Komm. II. S. 46 Anm. 5, der den allgemeinen Gerichtsstand auch auf die sachliche Zuständigkeit bezieht.

[2]) R. Pollak, Konkursrecht S. 365 f., woselbst Literatur und Judikatur.

[3]) Häufig, aber ungenau (a. M. Horten S. 255) spricht man hier vom abgeleiteten Wohnsitze.

[4]) Wider diese gibt es dann nur besondere Gerichtsstände.

norm, aber keinen im Inlande.[5]) Fehlt es an einem inländischen allgemeinen und für den geltend zu machenden Anspruch auch an einem besonderen inländischen Gerichtsstande, so darf die Klage im Inlande nicht erhoben werden (siehe aber auch S. 242 ff.).

Untereinander rangieren die Zuständigkeitsgründe folgendermaßen: nebeneinander stehen der (selbständig gebildete) allgemeine Gerichtsstand und der abgeleitete allgemeine Gerichtsstand. Innerhalb jeder Gruppe ist die Ordnung: notwendiger Wohnsitz, freiwilliger Wohnsitz, Aufenthalt als Grundlage des allgemeinen Gerichtsstandes.

II. Der selbständig gebildete allgemeine Gerichtsstand kann für alle Personen entstehen, welche nicht einen abgeleiteten allgemeinen Gerichtsstand haben.

a) Notwendiger Wohnsitz. Darunter ist für das Zivilprozeßrecht zu verstehen die Schaffung eines Tatbestandes durch die Stellung, statt durch den Willen der Person oder durch sonstige Verhältnisse. Er kann unter Umständen der Mittelpunkt des sozialen und wirtschaftlichen Lebens des Betreffenden sein, aber das ist für dessen allgemeinen Gerichtsstand ebenso irrelevant als dessen Wille. Einen solchen notwendigen Wohnsitz haben: eigenberechtigte,[6]) aktiv dienende Personen des Heeres, der Kriegsmarine und der Gendarmerie an ihrem letzten inländischen Garnisonsorte, beim Garnisonswechsel also bis zum Eintreffen in eine neue inländische Garnison[7]) (§ 68 J. N.; forum militis); österreichische Staatsbürger, die in ständiger amtlicher Stellung als Beamte[8]) oder Diener des österreichischen Staates[9]) oder der österreichisch-ungarischen Monarchie außerhalb des Geltungsgebietes der Jurisdiktionsnorm leben,[10]) am Orte ihres letzten[11]) inländischen allgemeinen Gerichtsstandes und in Ermanglung eines solchen oder wenn er nicht zu ermitteln ist, was der Kläger zu behaupten und im Prozesse zu beweisen hat,[12]) in Wien, als ob sie im Ministerium des Äußern wohnen würden (§ 69

[5]) Möglicherweise haben sie auch keinen im Auslande, dies dann, wenn das ausländische Recht einen anderen Tatbestand für die Begründung der allgemein örtlichen Zuständigkeit fordert, als das inländische.

[6]) Arg. § 70 J. N. trotz des entgegenstehenden Wortlautes des § 68 J. N.

[7]) § 10 des Ges. vom 20. Mai 1869 Nr. 78 ist durch Art. II Einf. Ges. zur J. N. aufgehoben. Über das gemeine und frühere österr. Recht v. Schrutka, Praktische Fragen S. 7 ff.

[8]) Ausgenommen sind nicht mehr die österreichischen Zoll- und Steuerbeamten in Liechtenstein und die österreichischen Beamten der k. k. Staatsbahnen im Auslande (a. M. Schauer, Z. P. O. S. 148 f.; Neumann, Komm. I. S. 1196), da für Österreich intern die betreffenden Staatsverträge durch die Jurisdiktionsnorm aufgehoben sind.

[9]) Hier kommt dieser terminus m. W. zum erstenmale in einem österreichischen Gesetze vor.

[10]) Ratione legis darf man das nicht auf jene beziehen, welche vor ein österreichisch-ungarisches Konsulargericht gezogen werden können.

[11]) Wann immer er begründet war; a. M. Horten S. 260, der auf das Wort „inländisch" nicht den genügenden Nachdruck legt.

[12]) Welche „Ermittlungen" er hiebei gepflogen haben muß, ist quaestio facti. Ist ihm der Beweis gelungen, so ist das Wiener Gericht zuständig, auch wenn ein inländischer Wohnsitz des Beklagten nun hervorkam.

J. N.; sogenanntes forum dignitatis, ein im gemeinen Rechte viel weiter, nämlich auf alle Staatsbeamten ausgedehnter Gerichtsstand);[13] das Ärar und die Königreiche und Länder dort, wo der Sitz des zu ihrer Vertretung berufenen Organes ist (§ 71 J. N.; Art. IV Einf. Ges. zur Z. P. O.; siehe S. 172).

Der notwendige Wohnsitz schließt die anderen Zuständigkeitsgründe für den allgemeinen Gerichtsstand aus; er muß stets im Inlande liegen, endet nicht mit dem Tode, sondern erst mit der Beendigung der Nachlaßabhandlung (§§ 77, 105 J. N.).

b) Wohnsitz. Darunter wird der freiwillig gewählte Wohnsitz verstanden; ihn hat jemand an dem Orte, an welchem er sich mit der Absicht niedergelassen hat, dort ständig zu bleiben (§ 66 J. N.). Zwar textiert § 66 J. N.: „in der erweislichen oder aus den Umständen hervorgehenden Absicht"; aber das ist eine durch § 272 Z. P. O. zwecklos gewordene Abschrift aus dem § 17 der früheren Jurisdiktionsnorm (welche an eine gesetzliche Beweistheorie zu denken hatte) und kann nicht bedeuten, daß der Beweis der „Umstände" die Absicht ersetze.[14] Wille und[15] ständiger Aufenthalt also begründen den Wohnsitz; Indizien hiefür, aber nicht mehr,[16] sind die polizeiliche Anmeldung des Wohnsitzes, die Führung des Haushaltes, bei juristischen Personen der Ort der Verwaltung[17] (§ 75 J. N.). Da die Kriterien des Wohnsitzes auf mehrere Orte zutreffen können, kann eine Person auch mehrere Wohnsitze, somit mehrere allgemeine Gerichtsstände haben (§ 66 Abs. 2 J. N.). Sowohl physische als auch juristische Personen können, die letzteren müssen einen Wohnsitz haben; man nennt ihn bei ihnen und den Gesellschaften den „Sitz". Keinen Wohnsitz vermögen eine Reihe physischer Personen selbsttätig zu begründen (siehe c).

In der Regel, aber nicht immer endet der Wohnsitz mit der Begründung eines neuen (§ 66 Abs. 2 J. N.); auch wenn ein notwendiger Wohnsitz eintritt, endet der freiwillige nicht immer, verliert aber seine prozessuale Bedeutung (siehe a). Sonst endet der Wohnsitz durch den Wegfall des ständigen Aufenthaltes, sei dies nun beabsichtigt oder (wie bei Sträflingen) unbeabsichtigt; der bloße Wille zur Wohnsitzaufhebung ohne entsprechende Handlungen beendet dagegen den Wohnsitz nicht (arg. § 66 Abs. 1 J. N.: „. . . niedergelassen hat . . ."), auch nicht der Tod der physischen Person für die Dauer der Nachlaßabhandlung (§ 77 J. N.), die Liquidation der Handelsgesellschaft für ihre Dauer (Art. 144 H. G.).

c) Manche physische Personen vermögen keinen Wohnsitz zu begründen und haben auch keinen notwendigen Wohnsitz; hieher gehören

[13]) Über das gemeine Recht, das den Gerichtsstand vergeblich auf die römische zurückzuführen versuchte, v. Schrutka a. a. O. S. 1 ff.

[14]) A. M. Horten S. 255.

[15]) Daher gibt es kein domicil élu des französischen Rechtes.

[16]) A. M. L. G. Wien in G. H. 1899 S. 492.

[17]) Bei Gemeinden ist das der „Wohnsitz", nicht bloß ein Indizium dafür (§ 74 Abs. 2 J. N.), bei anderen juristischen Personen entscheidet dieses Indizium „im Zweifel" über den Sitz (§ 75 J. N.).

Ehefrauen und Handlungsunfähige. Andere physische Personen haben wieder kein Recht zur Wahl ihres ständigen Aufenthaltes, aber doch keinen notwendigen Wohnsitz im Sinne der Jurisdiktionsnorm, z. B. die Sträflinge. Andere endlich könnten einen Wohnsitz begründen, tun es aber nicht, z. B. Vaganten. Für solche Personen, die weder im In- noch im Auslande einen Wohnsitz haben, bestimmt sich der allgemeine Gerichtsstand nach dem inländischen Aufenthalte, der sich vom Wohnsitze dadurch unterscheidet, daß der Wille des Betreffenden irrelevant ist. Der Regel nach begründet dann jeder — ständige oder vorübergehende[18]) — inländische Aufenthalt den allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten (§ 67 J. N.); nur ausnahmsweise, nämlich bei Ehefrauen und minderjährigen Kindern, wird der ständige Aufenthalt[19]) gefordert, falls diese nicht überhaupt einen abgeleiteten allgemeinen Gerichtsstand haben (§§ 77, 73 J. N.). Fehlt es auch am inländischen Aufenthalte, so hat die betreffende Person keinen allgemeinen Gerichtsstand.[20])

Auch dieser Zuständigkeitsgrund wirkt nach dem Tode bis zur Beendigung der Nachlaßabhandlung (§§ 70, 105 J. N.).

III. Ein abgeleiteter allgemeiner Gerichtsstand[21]) besteht für nicht eigenberechtigte Kinder und für die Ehefrauen; er richtet sich nach dem allgemeinen Gerichtsstande des Vaters, respektive Ehemannes.

Sind die Kinder ehelich, legitimiert oder adoptiert, so folgen sie mit Ausnahme der verheirateten Tochter dem allgemeinen Gerichtsstande des Vaters (§ 71 J. N.), der ja der Regel nach auch ihr gesetzlicher Vertreter ist;[22]) dieser Gerichtsstand dauert auch nach dem Tode des Vaters insolange, bis die Kinder das Recht der freien Vermögensverwaltung erlangen (§ 71 J. N.). Hat sie der Vater nicht in das Ausland mitgenommen, so folgen sie dem allgemeinen Gerichtsstande der Mutter[23]) (Analogie der §§ 70 Abs. 2, 73 J. N.); hat der Vater einen notwendigen Wohnsitz, und teilen seine Kinder diesen nicht tatsächlich, so haben sie den abgeleiteten allgemeinen Gerichtsstand nicht[24]) (§ 73 J. N.; siehe II c). Außereheliche, nicht eigenberechtigte Kinder, mit Ausnahme der verehelichten Tochter, folgen dem allgemeinen (letzten allgemeinen) Gerichtsstande ihrer

---

[18]) Dagegen wird ein ständiger Aufenthalt erfordert nach §§ 70, 73 J. N., 64 Z. 4 Z. P. O., ein längerer nach § 86 J. N.

[19]) Einen Wohnsitz vermögen diese nicht zu begründen.

[20]) Mit Unrecht subsumiert § 67 Abs. 2 J. N. den Gerichtsstand für gewisse vermögensrechtliche Klagen am letzten inländischen Wohnsitz oder Aufenthalt unter den allgemeinen Gerichtsstand; ähnlich wie Text v. Schuster S. 49 Anm. 2; Trutter S. 300; a. M. v. Canstein S. 52.

[21]) Allerhand, Der abgeleitete allgemeine Gerichtsstand (Gellers Ztbl. 1896 S. 470 f.).

[22]) Eine Ausnahme von dieser Norm für die Fälle des § 2 Z. P. O. ist nicht gemacht; für die wichtigsten Fälle hilft § 86 J. N. diesem Übelstande ab.

[23]) A. M. Schauer, Z. P. O. S. 150 Anm. 2. — Auch hier ist die Fortdauer des Gerichtsstandes bis zur Erlangung des Rechtes freier Vermögensverwaltung ex anal. des § 71 J. N. anzunehmen.

[24]) In diesem Falle haben selbst Minderjährige einen selbständigen allgemeinen Gerichtsstand.

Mutter; sind sie aber Findelkinder,[25]) so folgen sie für die Dauer ihrer Versorgung dem allgemeinen Gerichtsstande der Anstalt (§ 72 J. N.) und bleiben auch nach dem Ende der Versorgung unter diesem (§ 109 J. N.), bis ihnen ein Vormund bestellt wird (Art. VI Z. 6 Einf. Ges. zur J. N.); am Sitze des bestellenden Gerichtes haben sie dann ihren allgemeinen Gerichtsstand.

Die zweite Gruppe der hiehergehörigen Personen wird von den (nicht gerichtlich geschiedenen oder getrennten) Ehefrauen gebildet. Sie haben, ob sie nun voll- oder minderjährig sind, einen abgeleiteten allgemeinen Gerichtsstand bei jenem ihres Ehemannes (§ 70 J. N.), eine zweifellos unzweckmäßige Vorschrift, die, dem früheren österreichischen Rechte entstammend, bei der selbständigen Verpflichtungsfähigkeit der volljährigen Ehefrau durch die §§ 92, 1238, 1239 a. b. G. B. keineswegs gerechtfertigt wird. Nur die Ehefrau, die mit ihrem Gatten nicht in dessen notwendigem Wohnsitze haushält, oder deren Gatte sie nicht in das Ausland mitgenommen hat, hat keinen abgeleiteten allgemeinen, sondern einen selbständigen allgemeinen Gerichtsstand (§§ 70 Abs. 2, 73 J. N.; siehe II c).

Besondere Gerichtsstände.

§ 60. Die Sondergerichte.

Der allgemeine Gerichtsstand hat für sie keine rechtliche Bedeutung. Für das Reichsgericht, Oberstjofmarschallamt, die Patentgerichte und das Prisengericht gibt es mit Rücksicht auf ihren das ganze Reich umfassenden Sprengel keinen örtlichen Zuständigkeitsgrund. Für die Elbezollgerichte ist der örtliche Zuständigkeitsgrund die Entstehung des Anspruches innerhalb des Gerichtssprengels (J. M. Erl. vom 6. Juli 1868 Z. 20257). Die (durch Prorogation nicht abänderbare; § 23 Gew. Ger. Ges.) örtliche Zuständigkeit des Gewerbegerichtes bestimmt sich nach der Lage der Betriebsstätte im Gerichtssprengel, so daß der Wohnsitz der Prozeßparteien oder der Sitz der Unternehmung gleichgültig ist; für Heimarbeiter ist zuständigkeitsbegründend der Ort der Arbeitsleistung oder der Lohnauszahlung (§ 23 Gew. Ger. Ges.). Ist ein Arbeiter nicht bei der Betriebsstätte im Sprengel des Gewerbegerichtes, sondern bei einer anderen Betriebsstätte[1]) oder ist er — den Fall der Heimarbeiter ausgenommen — bei gar keiner Betriebsstätte angestellt,[2]) so ist das Gewerbegericht unzuständig. Jene der Börsenschiedsgerichte bestimmt sich nach dem Orte des Vertragsabschlusses, wenn es sich um Börsengeschäfte handelt (§ 15 Börseges.), sonst nach der Parteienvereinbarung (Art. XIV Einf. Ges. zur Z. P. O.). Die Unfallversicherungsschiedsgerichte umfassen die innerhalb des Sprengels der betreffenden Unfallversicherungsanstalt liegenden Betriebe und Krankenkassen (§ 38 des Ges. vom 28. Dezember 1887

[25]) Krassel, Der Gerichtsstand der in geschlossener Armenpflege untergebrachten Personen (Zeitschr. f. Not. 1899 Nr. 11).

[1]) Gew. Entsch. Nr. 334.

[2]) Gew. Entsch. Nr. 444 (Prager Agent einer Teplitzer Firma).

Nr. 1 ex 1888; § 39 des Ges. vom 30. März 1888 Nr. 33), die Krankenkassenschiedsgerichte die versicherten Personen (§ 41 des Ges. vom 30. März 1888 Nr. 33); die Schiedsgerichte für Bruderladen sind für die Bruderladen innerhalb des Revierbergamtes, in dem das Schiedsgericht seinen Sitz hat, und für die (wo immer wohnenden) Mitglieder dieser Bruderladen örtlich zuständig.

§ 61. Statusprozesse.

Für eine Reihe von ihnen gibt es besondere Gerichtsstände, nämlich für alle nicht rein vermögensrechtlichen Prozesse zwischen Ehegatten einschließlich jener auf die Scheidung, Trennung und Ungültigkeitserklärung der Ehe;[1]) der Gerichtsstand ist ausschließend beim letzten gemeinschaftlichen Wohnsitze der Ehegatten begründet (§ 76 J. N.). Für die anderen Statusprozesse gab es früher wohl sachliche, aber keine besonderen örtlichen Zuständigkeitsgründe; sie unterlagen darum dem allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten.

Diese Normierung erscheint nicht ausreichend; denn nach ihr kann es vorkommen, daß kein inländisches Prozeßgericht zuständig ist, weil der Beklagte keinen inländischen allgemeinen Gerichtsstand hat oder weil die Ehegatten keinen gemeinsamen Wohnsitz im Inlande hatten.[2]) Nun sind aber Statusansprüche gerade solche, die einer Regelung besonders bedürfen, und bei denen § 81 Z. 3 E. O. mit Recht der ausländischen Entscheidung jede Wirkung und Vollstreckbarkeit im Inlande versagt. Für solche Fälle muß also ein inländischer Gerichtsstand geschaffen werden. Er besteht nun für Ansprüche nicht rein vermögensrechtlicher Art gegen einen österreichischen Staatsangehörigen aus dem Eltern- oder ehelichen Verhältnisse (einschließlich jener auf Scheidung, Trennung oder Ungültigkeitserklärung der Ehe) beim allgemeinen Gerichtsstande des Klägers und in Ermanglung eines solchen inländischen in Wien[3]) (§ 100 J. N.), für alle anderen Statusprozesse bei dem durch den obersten Gerichtshof auf Antrag für den einzelnen Prozeß bestimmten Gerichte (§ 28 J. N.; siehe S. 242 f.). Diese Gerichtsstände setzen voraus, daß kein anderer inländischer Gerichtsstand für den betreffenden Anspruch besteht, sind daher

---

[1]) Gilt auch für das Verfahren außer Streitsachen.

[2]) Horten S. 307 substituiert in diesem Falle den § 67 J. N. (aber § 76 J. N. ist ein „ausschließlicher" Gerichtsstand); Demelius S. 83 den § 100 J. N.; Neumann, Komm. I. S. 1205 behauptet, der Gerichtsstand setze einen gemeinsamen inländischen Gerichtsstand voraus; wäre dies richtig, dann würde subsidiär zunächst § 67 J. N. eintreten.

[3]) § 100 J. N. sagt: „bei dem Landesgerichte in Wien", so daß ohne ersichtlichen Grund auch eine sachliche Zuständigkeitsnorm hier vorläge (so Demelius S. 83; Horten S. 307; wie Text Neumann, Komm. I. S. 1237; Schauer, Z. P. O. ad § 100 J. N. Anm. 1); allein es handelt sich, wie die Redaktionsgeschichte klar ergibt (siehe § 101 der Reg. Vorl. und Materialien II. S. 336), lediglich um ein Redaktionsversehen, begangen im Wunsche nach einer „Klarstellung" des stilistisch komplizierten, aber klaren Satzes des § 101 Reg. Vorl.

subsidiär; sie sind auch fakultativ,[4]) da den Parteien die Anrufung des ausländischen Gerichtes frei steht, falls sie auf die Wirkung einer Entscheidung im Inlande verzichten.

§ 62. Gerichtsstände für unbemittelte Kläger.

I. Für unbemittelte Kläger enthält der Grundsatz, daß die Klagen beim allgemeinen Gerichtsstande des Beklagten zu erheben sind, eine wesentliche Erschwerung dann, wenn sie nicht wenigstens in der Nähe des allgemeinen Gerichtsstandes des Beklagten wohnen. Dieser Schwierigkeit wird durch zwei Mittel abzuhelfen gesucht. Das eine, nur für das Armenrecht genießende Kläger bestimmt, besteht in der Beistellung eines Armenvertreters und im Nichtanwaltsprozesse noch in der Klagaufnahme beim Gerichte des Wohnsitzes oder ständigen Aufenthaltes des Klägers (§ 64 Z. P. O.). Das zweite Mittel besteht in der Schaffung besonderer Gerichtsstände für Ansprüche, bei denen in der Regel der Kläger wirtschaftlich schwach oder doch schwächer als der Beklagte ist; dieser Entstehungsgrund ist übrigens nur ein Motiv des Gesetzgebers und kein gesetzliches Tatbestandsmoment.

Diese Gruppe wird aus den Gerichtsständen des Ortes der Beschäftigung (§ 86 J. N.), der Niederlassung (§ 87 J. N.), des früheren Wohnsitzes (§ 97 J. N.) und der Schiffsbesatzung (§ 98 J. N.) gebildet. Sie bestehen insgesamt[1]) nur für vermögensrechtliche Ansprüche und sind Wahlgerichtsstände.

II. Der Gerichtsstand des Ortes der Beschäftigung des Beklagten ist für wann und wo immer entstandene vermögensrechtliche Ansprüche wider einen — überhaupt oder für den bestimmten Anspruch[2]) — prozeßfähigen (§§ 1 ff. Z. P. O.) Beklagten, der eine physische Person sein muß, am Orte seines Aufenthaltes begründet, wenn derselbe ein längerer ist oder wenigstens unter Umständen stattfindet, welche ihn als einen solchen erscheinen lassen (§ 86 J. N.). Zum Unterschiede vom Gerichtsstande des Wohnsitzes (siehe § 66 J. N.; S. 295) genügt demnach hier statt des längeren Aufenthaltes auch der Anschein eines solchen, und zwar aus Rücksicht für den Kläger; das Gesetz bringt dies dadurch zum Ausdrucke, daß es nur diesen Anschein (diese „Umstände") zum Tatbestandsmerkmale macht.[3]) Hieher gehören als Beklagte z. B. Dienst-

[4]) A. M. v. Schrutka S. 114; Demelius S. 113.

[1]) Auch ratione legis im Falle des § 87 J. N., wo das Wort „vermögensrechtlich" fehlt; so v. Fürstl III. S. 191 und wohl auch Neumann, Komm. I. S. 1217 f.

[2]) Arg. verbo „prozeßfähig" im § 86 Abs. 1 J. N., das andernfalls überflüssig wäre; Demelius S. 94; v. Fürstl III. S. 185; a. M. Ullmann S. 25, nach welchem dieser Gerichtsstand für alle Ansprüche gegen den, wenn auch beschränkt Prozeßfähigen offen steht.

[3]) Anders § 66 J. N.: „. . . in der erweislichen oder aus den Umständen hervorgehenden Absicht . . ." A. M. v. Fürstl III. S. 185: der längere Aufenthalt genüge nach § 86 J. N. nicht; es müsse ein bestimmter Zweck damit sich verbinden.

boten, Handarbeiter, Studenten, denen als Kläger der Regel nach kleine Vermieter, Lieferanten u. dergl. gegenüberstehen; doch ist ex lege die Klägerstellung nicht auf sie beschränkt. Ob die Ansprüche ex causa oder ex occasione des Aufenthaltes entstehen, ist gleichgültig. Die Dauer des Gerichtsstandes ist durch jene des Aufenthaltes bestimmt,[4]) da im § 86 J. N. keine Verlängerung des forum statuiert ist; kurzzeitige Aufenthaltsunterbrechungen dagegen sind einflußlos. Der Gerichtsstand ist eine Ergänzung jenes des Wohnsitzes, darum besonders bei Personen wichtig, die einen solchen nicht oder noch nicht zu begründen vermögen; sind das nicht eigenberechtigte Militärpersonen (siehe § 59), so haben sie freilich einen notwendigen Gerichtsstand des Beschäftigungsortes an ihrem letzten inländischen Garnisonsorte[5]) (§§ 68, 86 Abs. 2 J. N.), so daß wider sie die Ergänzung, welche der Gerichtsstand der Beschäftigung bietet, wenig Wert hat.

III. Der Gerichtsstand der Niederlassung (§ 87 Abs. 1 J. N.) knüpft an das forum gestae administrationis des früheren österreichischen Rechtes an. Er ist für vermögensrechtliche — auch ex delicto entspringende — Ansprüche ex causa des Betriebes der Niederlassung[6]) eines Bergwerkes, einer Fabrik, Handels- und Gewerbeunternehmung[7]) gegen jenen begründet, in dessen Namen — allein oder nicht allein — der Betrieb geführt wird.[8]) Die Aufzählung der Niederlassungsarten ist eine taxative.[9]) Eine gewisse wirtschaftliche Selbständigkeit der Niederlassung ist erforderlich,[10]) da man sonst nicht sagen kann, die Ansprüche entstehen aus ihrem Betriebe; dagegen ist der Umfang ihres Betriebes ebenso gleichgültig als der Umstand, ob sie ein Haupt- oder ein Zweigbetrieb, ob sie eine Hauptniederlassung, eine Zweigniederlassung oder keines von beiden, sondern z. B. eine Fabrik, oder ob sie die einzige Betriebsstelle des Unternehmens ist[11]) oder nicht.

Ein gleicher Gerichtsstand besteht auch für vermögensrechtliche Ansprüche, welche aus dem landwirtschaftlichen Betriebe, nämlich ex causa der Be-

---

[4]) A. M. v. Fürstl III. S. 186; Fragenbeantwortung S. 8: er dauere noch durch neunzig Tage nach der Beendigung des Aufenthaltes; das ist nirgends normiert.

[5]) § 86 Abs. 2 J. N. ist nicht genau textiert; siehe Horten S. 281.

[6]) Es muß keine solche im handels- oder gewerberechtlichen Sinne sein; Pfaff-Schey Nr. 269; Z. E. Nr. 322 (Verwaltungssektionen von Eisenbahnen sind Niederlassungen, wenn auch keine Zweigniederlassungen). Vergl. übrigens Z. E. Nr. 311 (Agenturen von Versicherungsgesellschaften).

[7]) Über „Unternehmen" Horten S. 282; R. Pollak, Zwangsverwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen S. 8 ff.

[8]) § 87 J. N. nennt ihn „Inhaber".

[9]) A. M. v. Fürstl III. S. 188; Demelius S. 97; Ullmann S. 25; wie Text Horten S. 286.

[10]) A. M. Pfaff-Schey Nr. 658; wie Text dtsch. R. G. II. S. 386; vermittelnd Staub-Pisko I. S. 81.

[11]) Anders freilich der Wortlaut des § 87 J. N. (daß der Beklagte „außerhalb des Sitzes des Unternehmens besondere Niederlassungen" habe), der aber nur an den regelmäßigen Fall denkt, daß am Sitze ohnedies der allgemeine Gerichtsstand begründet sei; wie Text Demelius S. 96; Neumann, Komm. I. S. 1218; Ullmann S. 25; a. M. Horten S. 285, wohl auch v. Schrutka, Umgestaltung S. 94.

wirtschaftung eines mit Wohn- oder[12]) Wirtschaftsgebäuden versehenen Immobile entstehen, am Betriebsorte gegen den Eigentümer, Nutznießer, Pächter, Zwangsverwalter des Gutes (§ 87 Abs. 2 J. N.).

Der Gerichtsstand beginnt und endet mit der Niederlassung.

IV. Der Gerichtsstand des früheren Wohnsitzes, dem früheren österreichischen Rechte entstammend, ist direkt und nur für kleine Gläubiger bestimmt. Er besteht, wie die Beispiele des Gesetzes ergeben, nur zu Gunsten kleinerer[13]) Gewerbetreibender und Lohnarbeiter, Dienstboten und der Privatlehrer[14]) für ihre Ansprüche aus gelieferter oder geleisteter Arbeit gegen den Arbeitgeber beim Gerichte jenes allgemeinen Gerichtsstandes,[15]) den der Beklagte im Zeitpunkte der Arbeitsbeendigung hatte, noch durch neunzig Tage nach dessen Ende (§ 97 J. N.), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Beklagte einen neuen allgemeinen Gerichtsstand erlangte oder nicht. Die Fristberechnung erfolgt nach den §§ 125 ff. Z. P. O. Eine ausdehnende Auslegung dieser Norm des § 97 J. N. ist nach ihrer ratio unzulässig.

V. Der Gerichtsstand gegen die Schiffsbesatzung, das sind der Kapitän und die Schiffsmannschaft (siehe S. 262), besteht zu Gunsten der sub IV genannten Gläubiger[16]) und Ansprüche wider Personen der Schiffsbesatzung beim jeweiligen, wenn auch nicht ständigen Aufenthalte des Beklagten (§ 98 J. N.). Die Beschränkung dieses Gerichtsstandes auf die Besatzung von Seeschiffen ist im § 98 J. N. nicht ausgesprochen; sie ergibt sich jedoch daraus,[17]) daß der terminus „Schiffsmannschaft" im § 49 Z. 6 J. N. mit der Beschränkung auf die Mannschaft der Seeschiffe gebraucht ist (siehe S. 262), und ex ratione des § 98 J. N., da nicht einzusehen wäre, warum die Gläubiger des Matrosen eines Donauschiffes anders als jene des Eisenbahnkondukteurs behandelt werden sollten.

§ 63. Gerichtsstände zur Begünstigung des Handelsverkehres.

I. Es sind Gerichtsstände in der Regel zu Gunsten dessen, der Geld zu fordern hat, also des Verkäufers; die Begünstigung des Verkäufers gegen den Käufer im Handelsgesetzbuche ist in der Jurisdiktionsnorm rezipiert. Da nun die Verkäufer häufig die wirtschaftlich Stärkeren sind, treten die hiehergehörigen Gerichtsstände in einen gewissen wirtschaft-

---

[12]) Demelius S. 97; Horten S. 286 halten ohne Grund das „oder" für ein Redaktionsversehen.

[13]) Otto Müller in G. Z. 1902 S. 219 f.; Demelius S. 111.

[14]) Wenn sie Lehrer von Beruf sind; diese Beschränkung folgt ex ratione legis.

[15]) § 97 J. N. spricht freilich vom Gerichte des früheren „Wohnsitzes", denkt aber dabei nur an den Normalfall der Begründung des allgemeinen Gerichtsstandes; es wäre nämlich nicht einzusehen, warum die Begünstigung des § 97 J. N. gegen den notwendigen Wohnsitz, Aufenthalt oder abgeleiteten allgemeinen Gerichtsstand versagt sein sollte. Am Wortlaute des Gesetzes hält fest Horten S. 303.

[16]) Arg. aus dem Zitat des § 97 J. N. im § 98 J. N.; Horten S. 304; a. M. Demelius S. 100.

[17]) A. M. v. Fürstl III. S. 209.

lichen Gegensatz zu jenen des § 62. Ihre Tendenz ist die Konzentration der Prozesse beim Gerichte des Verkäufers, statt bei den für ihn auseinanderliegenden Gerichten der Käufer.

Die hier zusammenzufassende Gruppe besteht aus den Gerichtsständen der Vereinbarung (§ 104 J. N.), des vereinbarten Erfüllungsortes (§ 88 Abs. 1 J. N.), des Zahlungsortes von Wechseln (§ 89 J. N.), des gesetzlichen Erfüllungsortes (§ 90 J. N.), der Faktura (§ 88 Abs. 2 J. N.), der retinierten Sache (Art. VI Z. 5 Einf. Ges. zur J. N.; Art. 315 H. G. B.). Mit Ausnahme jenes der Vereinbarung sind sie insgesamt stets Wahlgerichtsstände. Eine Beschränkung auf Handeltreibende findet nur beim Gerichtsstande der Faktura statt; bei den anderen ist das Motiv ihrer Entstehung nicht zum gesetzlichen Tatbestandsmerkmale erhoben.

II. Der Gerichtsstand der Vereinbarung; siehe § 56.

III. Der Gerichtsstand des vereinbarten Erfüllungsortes[1]) (§ 88 Abs. 1 J. N.), forum solutionis, bezeichnet den Endpunkt einer spezifisch österreichischen Entwicklung. Das gemeine Recht[2]) kannte im Anschlusse an das römische Recht ein forum contractus (wenn schon nicht ein forum obligationis), zuerst als solches des Entstehungs-, später als solches des Erfüllungsortes des Vertrages, ohne Rücksicht darauf, ob dieser Erfüllungsort vereinbart war oder nicht.[3]) In Österreich dagegen beschränkten schon die josefinische Jurisdiktionsnorm und (nach kurzer Unterbrechung) die Jurisdiktionsnorm vom 20. November 1852 Nr. 251 den Gerichtsstand auf den Fall des im Vertrage vereinbarten Erfüllungsortes; daran hielten auch Art. 324 H. G. B. und die Praxis[4]) fest, letztere freilich unter einer ungebührlichen Ausdehnung des Begriffes der Vereinbarung (siehe unter VI). Auch die geltende Jurisdiktionsnorm beharrt mit Recht auf dem Standpunkte der Jurisdiktionsnorm ex 1852 und fügt weitere Beschränkungen dieses Gerichtsstandes hinzu.

Sein Tatbestand setzt sich folgendermaßen zusammen: ein Vertrag; eine schriftliche Vereinbarung des Erfüllungsortes dieses bestimmten Vertrages für eine oder beide Parteien und eine schriftliche Vereinbarung des Inhaltes, daß an diesem Orte jener geklagt werden dürfe, der an dem vereinbarten Erfüllungsorte zu erfüllen hat; die in der Praxis üblichste kurze Form solcher Vereinbarungen lautet: „zahlbar und klagbar in . . .“.[5]) Diese, dem österreichischen Rechte eigentümliche Strenge gegen das forum contractus ist nur historisch durch die Ausartungen der früheren Praxis erklärlich, durch sie aber völlig gerechtfertigt. Freilich nähert sie den Gerichtsstand des Erfüllungsortes so sehr jenem der Ver-

[1]) Allerhand, Gerichtsstand des Erfüllungsortes (Gellers Ztbl. 1896 S. 237 ff.); Sperl, Vereinbarung der Zuständigkeit und Gerichtsstand des Erfüllungsortes S. 58 ff.; 156 ff. Aus der deutschen Literatur: Stein in Gruchots Beitr. XXVIII. S. 406 ff.; Oelenheinz im Arch. f. zivil. Praxis LXXXIX. S. 218 ff.

[2]) Renaud S. 88 ff.

[3]) So noch § 29 der dtsch. Z. P. O.

[4]) Gl. U. Nr. 762, 1154, 3751, 10008, 10576, 12009.

[5]) Sie deutet schon an, gegen wen sich der Gerichtsstand richtet; der Verkäufer „zahlt“ ja nicht.

einbarung an, daß die herrschende Lehre jenen als species von diesem auffaßt.[6]) Doch besteht zwischen ihnen nicht dieses Verhältnis, wenn auch jenes der Verwandtschaft: denn die Vereinbarung des Erfüllungsortes bestimmt einen Klagort, nicht wie die des Gerichtsstandes ein Gericht; jene muß schriftlich erfolgt, diese nur schriftlich nachgewiesen sein. In Konsequenz dieses Standpunktes darf man Tatbestandsmomente, welche die Jurisdiktionsnorm nur für den Gerichtsstand der Vereinbarung ausspricht, nicht auf jenen des Erfüllungsortes übertragen. Darum muß man zwar für den letztgenannten eine von den beiden Parteien[7]) unterschriebene Vereinbarung (siehe auch § 884 a. b. G. B.), darf aber nicht fordern, daß sie in der Klage im Originale urkundlich nachgewiesen sei;[8]) ihr Nachweis kann nicht nur später, sondern auch durch alle Beweismittel erfolgen.

Ist der Gerichtsstand des Erfüllungsortes begründet, so darf er als Wahlgerichtsstand zwar nicht für alle Klagen aus dem Vertrage,[9]) aber für die Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens dieses Vertrages, auf die Erfüllung oder Aufhebung[10]) desselben oder auf Entschädigung wegen seiner nicht gehörigen oder Nichterfüllung gegen jenen Vertragsteil verwendet werden, welcher am Erfüllungsorte leisten sollte. Eine Beschränkung des Gerichtsstandes auf vermögensrechtliche Verträge ist im Gesetze nicht ausgesprochen; doch werden sich andere hiehergehörige Fälle nicht leicht denken lassen. Bei Ratengeschäften[11]) ist der Gerichtsstand gegen den im Inlande wohnenden beklagten Käufer unzulässig, es handle sich denn auf seiner Seite um ein Handelsgeschäft, oder er lasse sich trotz erhaltener richterlicher Rechtsbelehrung in den Prozeß zur Hauptsache ein (siehe S. 287).

Die Vereinbarung des Erfüllungsortes ist keine Prozeßhandlung; der Prozeßbevollmächtigte als solcher ist darum auch nicht dazu legitimiert, sie zu treffen. Der Übergang der Rechte und Pflichten aus ihr auf Sukzessoren bestimmt sich aus demselben Grunde nach dem Privatrechte und dessen Regeln über die Sukzession.

IV. Der Gerichtsstand für Wechselklagen ist für die Klagen des

---

[6]) Sperl S. 157; Horten S. 287; Demelius S. 99; v. Winiwarter, Jurisdiktionsnorm S. 83; Neumann, Komm. I. S. 1219; Petschek in Jur. Vrtjschr. XXX. S. 153. Die Praxis steht m. W. auf dem Standpunkte des Textes. Schwankend v. Fürstl III. S. 192, 199.

[7]) Wenn auch nicht auf demselben Schriftstücke; die Unterschrift einer Partei aber (z. B. auf Pfandbriefen) genügt darnach nicht; a. M. Sperl S. 159.

[8]) Horten S. 288; a. M. Sperl S. 158; Fragenbeantwortung S. 9; J. M. Erl. vom 27. Jänner 1898 Z. 2002. Die Praxis teilt m. W. die Meinung des Textes.

[9]) Wie Allerhand a. a. O. S. 277 meint; wie Text Sperl S. 163; Horten S. 289.

[10]) Klagen auf Grund des Anfechtungsgesetzes gehören nicht hieher, da sie nicht auf „Aufhebung" des Vertrages gerichtet sind. Die Frage ist in Deutschland streitig; siehe Jaeger, Konkursordnung S. 218.

[11]) Petschek, Der zivilprozessuale Inhalt des österr. Ratengesetzes (Jur. Vrtjschr. XXX. S. 160 ff.); Z. E. Nr. 406.

Wechselinhabers gegen die aus dem Wechsel verpflichteten Personen am Zahlungsorte des Wechsels begründet; der Anspruch muß aus dem Wechsel hervorgehen (§§ 89, 93 J. N.); was das bedeutet, darüber siehe S. 270. Der Gerichtsstand hat bei den sub III genannten Ratengeschäften nicht statt, wenn der Verkäufer als Wechselkläger auftritt (arg. §§ 6, 9 Ratengef.), wohl aber, wenn ein Indossatar dies tut, der bona fide ist.

Dieser Gerichtsstand ist ein forum solutionis, das den sonst sub III entwickelten Beschränkungen um einer gerechtfertigten Begünstigung des Wechselverkehres willen nicht unterworfen ist.

V. Der Gerichtsstand des gesetzlichen Erfüllungsortes besteht zum Unterschiede vom gemeinen und deutschen Rechte nur in einem Rudimente. Er ist nämlich für Ansprüche ex causa der Schiffsmiete, des Dienstverhältnisses der Schiffsmannschaft und dem Schiffsfrachtgeschäfte an dem Orte begründet, an dem sich der Beklagte aufhält, an dem die Ware abgeliefert oder der Transport beendet werden soll, oder an dem dieses vorzeitig geschieht (§ 90 J. N.). Der Gerichtsstand betrifft bloß den See-, nicht auch den Binnenschiffahrtsverkehr; siehe S. 261 f., 266.

VI. Der Fakturengerichtsstand[12]) ist eine bedauerliche österreichische Spezialität zu Gunsten des Verkäufers, durch die Jurisdiktionsnorm schon erheblich, aber nicht ausreichend gegenüber der früheren Praxis eingeschränkt. Im § 43 der J. N. ex 1852 war ein Gerichtsstand des — wie immer — vereinbarten Erfüllungsortes zugelassen; in Anknüpfung daran sandten nun die Verkäufer nach dem Vertragsabschlusse, bisweilen sogar lange nach der Warenlieferung, den Käufern Fakturen mit einer Klausel zu, in welcher ein Zahlungsort genannt war. Das war natürlich nicht mehr als ihre Offerte auf die Abänderung des schon geschlossenen Kaufvertrages; das bloße Stillschweigen auf dieselbe hätte der Regel nach (§ 863 a. b. G. B.; Art. 317, 323 H. G. B.) keine Annahme, sondern eine Ablehnung derselben bedeutet. Die Praxis aber argumentierte immer umgekehrt[13]) und erblickte eine Annahme der Offerte des Zahlungsortes in der Nichtbeanständung der genannten Fakturaklausel; juristisch motivierte sie das durch die Annahme der Zustimmung aus der Nichtbeanständung, also aus dem Schweigen des Käufers. Das war, da kein Gesetz es begründete, eine ganz unzulässige, darum aber nicht minder hartnäckig festgehaltene Fiktion. Die Regierungsvorlage der Jurisdiktionsnorm hat vergeblich versucht, diesen Unfug gänzlich abzustellen; die Macht der an seiner Aufrechterhaltung Interessierten hat den Fakturengerichtsstand im § 88 Abs. 2 J. N. erhalten. Freilich ist der jetzige Zustand dem früheren weitaus vorzuziehen, weil er ein Rechtszustand ist, und weil der Gerichtsstand jetzt in viel engere Grenzen gebannt ist, als ihm die frühere Praxis zog.

---

[12]) Allerhand und Sperl a. a. O.; Klein, Pro futuro S. 66 ff.; Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung S. 277 ff.; Hanausek, Fakturen S. 89 ff.; R. Pollak, Einschränkung des Fakturengerichtsstandes (G. Z. 1898 Nr. 15).

[13]) Siehe die Nachweise bei Hanausek a. a. O.

Seine Tatbestandsmomente sind nun die folgenden: beide Vertragsparteien müssen im Zeitpunkte der Fakturenüber(-ab)sendung[14]) ein Handelsgewerbe im engeren Sinne[15]) betreiben (über den Nachweis siehe Vdg. vom 3. Dezember 1897 Nr. 280), so daß Urproduzenten, Beamte, Gewerbetreibende, die nur ein Produktionsgewerbe betreiben, diesem Forum nicht unterliegen. Der zu erfüllende Vertrag muß ein Kaufvertrag[16]) sein, weil nur bei solchen, wie § 88 Abs. 2 J. N. es fordert, Waren geliefert, Fakturen geschickt und Zahlungen geleistet werden; Ansprüche aus dem Speditions-, dem Bürgschafts-, dem Lohnvertrage können also bei diesem Gerichtsstande nicht geltend gemacht werden,[17]) da hier nicht für Waren, sondern für Arbeiten an oder mit Waren die Zahlung verlangt wird. Dagegen ist es gleichgültig, ob es sich um Waren gerade solcher Art handelt, mit denen der Käufer regelmäßig seinen Betrieb führt. Über den Kaufvertrag muß dem Käufer spätestens mit der Ware — das heißt nach der ratio des § 903 a. b. G. B. an demselben Tage — eine Faktura übersendet werden, welche den Zahlungs- und damit identischen[18]) Klagort bezeichnet, der Käufer muß diese Faktura (wann immer)[19]) erhalten, und er darf nicht sie oder wenigstens die genannte Klausel rechtzeitig beanständet oder die Faktura, sei es auch ohne Bemerkung, zurückgeschickt haben. Daß er gerade diese Klausel bemängle, fordert das Gesetz nicht, und es darf darum auch nicht vom Gerichte gefordert werden;[20]) die häufig vertretene gegenteilige Meinung ist lediglich ein Nachklang der früheren Praxis, findet im § 88 J. N. gar keine Stütze und bildet eine ganz unzulässige, der Absicht des Gesetzes zuwiderlaufende Belastung des Käufers. Uber die Frist zur Beanständung spricht sich § 88 J. N. nicht aus: in der Praxis bekämpfen einander zwei Meinungen: die eine ver-

---

[14]) Pfaff-Schey Nr. 649; nur in diesem Falle trifft die ratio legis zu: einem Kaufmanne könne dieses Maß von Aufmerksamkeit zugemutet werden.

[15]) Sperl S. 178; R. Pollak, a. a. O.; Benno Mayer in G. Z. 1900 S. 387; a. M. Horten S. 290; Staub-Pisko I. S. 21 ff.; Neumann, Komm. I. S. 1224 und das daselbst zitierte Gutachten des o. G. H. vom 22. Jänner 1898 Nr. 14; Pfaff-Schey Nr. 842 (Sodawassererzeuger); Z. E. Nr. 512 (Gastwirte; die Entscheidung selbst ist zu billigen). § 88 J. N. spricht allerdings schlechthin vom Handelsgewerbe; der engere Begriff desselben, der übrigens auch dem § 5 lit. d Gew. Ger. Ges. zugrunde liegt, entspricht aber allein der Tendenz des Gesetzes.

[16]) Z. E. Nr. 356 (für Lohnverträge gilt § 88 Abs. 2 J. N. nicht); Pfaff-Schey Nr. 853; Horten S. 290 und Neumann, Komm. I. S. 1223 zählen auch die Einkaufskommission hieher. — Der Kaufvertrag darf auch ein Ratengeschäft sein, da er hier stets ein Handelsgeschäft ist.

[17]) Neumann, Komm. I. S. 1223; Pfaff-Schey Nr. 853.

[18]) Nicht wörtlich zu nehmen: der Zahlungsort muß nur im Sprengel des Gerichtes des Klagortes liegen; Z. E. Nr. 505.

[19]) Das Gesetz ist ganz deutlich; mag es auch der Absicht des Gesetzgebers nicht entsprechen, so darf man doch nicht fordern, daß die Faktura mit der Ware eingelangt sein müsse; wie Text Sperl a. a. O. S. 179 ff.; Horten S. 291; a. M. Fragenbeantwortung S. 9; Neumann, Komm. I. S. 1222; v. Fürstl III. S. 198 und die Praxis.

[20]) A. M. v. Fürstl III. S. 199.

langt die Beanständung innerhalb der Frist, welche das Privatrecht zur Annahme einer Offerte gewährt; die andere gestattet dem Käufer, auf das Einlangen der Ware zu warten und dann erst sich über die Faktura zu äußern. Die erste Meinung, der die Analogie der Art. 319 ff. H. G. B. zur Seite steht, ist zu billigen.[21])

Aus dieser Darstellung des in der Praxis vielfach mißverstandenen § 88 Abs. 2 J. N. ergibt sich folgendes: der Fakturengerichtsstand beruht nicht auf dem Konsensprinzip,[22]) denn es ist das Motiv der Nichtbeanständung der Faktura ganz gleichgültig: auch die fahrlässige Unterlassung der Beanständung begründet ja den Gerichtsstand.[23]) Er beruht aber auch nicht einmal auf der Konsensfiktion; denn das Gesetz bestimmt nicht, daß gerade die Klausel des Erfüllungsortes unbeanständet geblieben sein müsse. Der Gerichtsstand beruht vielmehr auf der einseitigen Erklärung des Verkäufers in der Faktura, welche in ihrer Wirkung bedingt ist durch einen Nichtwiderspruch des Käufers bezüglich der Faktura überhaupt oder gegen die mehrfach erwähnte Klausel. Er hat sich demnach zwar nicht wirtschaftlich, aber rechtlich von jener Grundlage ganz abgelöst, auf welche die oben erwähnte Praxis des früheren Rechtes sich stützte.

Ist der Gerichtsstand begründet, so steht er — abweichend von dem sub III besprochenen Falle — beiden[24]) Parteien für alle Klagen aus dem betreffenden Vertrage offen und wirkt auch für und gegen Rechtsnachfolger auf Seiten des Verkäufers,[25]) dagegen nicht gegen Singularsukzessoren auf Seite des Käufers,[26]) da bei diesen das gesetzliche Tatbestandsmoment der anstandslosen Annahme der Faktura nicht vorliegen kann.

VII. Der Gerichtsstand der retinierten Sachen[27]) besteht für das gesetzliche Retentionsrecht des Handelsgesetzbuches beim Gerichte des für den Kläger bestehenden allgemeinen Gerichtsstandes für dessen Klage auf den Verkauf der retinierten Gegenstände (Art. VI Z. 5 Einf. Ges. zur J. N.; Art. 315 H. G. B.). Er ist eine völlige Umkehrung des Satzes: actor sequitur forum rei.

§ 64. Gerichtsstände wegen Erleichterung der Rechtsverfolgung gegenüber dem Auslande.

I. Eine weitverbreitete Tendenz fast aller Gesetzgebungen geht dahin, den Inwohnern (wenn nicht gar den im Inlande wohnenden Staatsbürgern) inländische Gerichtsstände gegen die im Auslande wohnenden Beklagten zur Verfügung zu stellen. Schon manche der bisher genannten Zuständigkeitsgründe, so z. B. jener der Faktura, verdanken wenigstens

[21]) Sperl S. 190; v. Fürstl III. S. 199; a. M. Pfaff-Schey Nr. 380; Allerhand S. 280.

[22]) A. M. Pfaff-Schey Nr. 380; Sperl S. 166; v. Fürstl III. S. 199.

[23]) Sperl S. 183.

[24]) Verbis: „Unter Parteien . . ." (§ 88 Abs. 2 J. N.).

[25]) Pfaff-Schey Nr. 867.

[26]) Pfaff-Schey Nr. 853; a. M. Pfaff-Schey Nr. 312, 867 (deren Begründung aus der Natur der Passivenübernahme auf dem Konsensprinzip beruht).

[27]) Staub-Pisko II. S. 148.

zum Teile dieser Tendenz ihre Entstehung; neben ihnen aber kommen als Ausfluß der genannten Bestrebungen mehrere direkt nur gegen die im Auslande wohnenden Beklagten — wenn auch nicht immer gegen Ausländer — gerichtete Gerichtsstände in Betracht. Hieher gehören jene des Vermögens (§ 99 J. N.), des Klaggegenstandes (§ 99 J. N.), des Heimatshafens (§ 99 Abs. 4 J. N.), der ausländischen Anstalten ꝛc. (§ 99 Abs. 3 J. N.), der Reziprozität (§ 101 J. N.) und — wenigstens zum Teile — des letzten inländischen Wohnsitzes oder Aufenthaltes (§ 67 J. N.). Im allgemeinen zeigt sich das österreichische Recht hier mit Recht als ein ziemlich gemäßigtes, mit Recht deshalb, weil eine zu große Nachgiebigkeit gegen die bezeichnete Tendenz nicht nur Repressalien in den ausländischen Gesetzen hervorruft, sondern auch die Vollstreckbarkeit österreichischer Entscheidungen im Auslande gefährden könnte.[1])

Die hiehergehörigen Gerichtsstände sind insgesamt Wahlgerichtsstände.

II. Der Gerichtsstand des Vermögens[2]) des Beklagten (§ 99 J. N.) entstammt für Österreich der deutschen Zivilprozeßordnung, seine historische Anknüpfung findet er an das forum arresti der Fremden. Er ist für vermögensrechtliche Ansprüche gegen Beklagte, welche im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand[3]) haben, bei jenem inländischen Gerichte begründet, in dessen Sprengel der Beklagte im Zeitpunkte der Klagerhebung Vermögen hat.

„Vermögen" heißt hier Aktiven, ohne Rücksicht darauf, ob sie durch Passiven ganz oder teilweise aufgezehrt sind; die Aktiven müssen zwar nicht Sachen oder Rechte sein,[4]) aber doch einen Geldwert haben[5]) und im allgemeinen (wenn auch nicht für den Klaganspruch) oder für den Klaganspruch der Exekution unterliegen,[6]) dies abweichend vom Wortlaute des Gesetzes deshalb, weil nur in der hiedurch gebotenen Exekutionserleichterung die ratio legis gefunden werden kann. Auf den Umfang des Vermögens kommt es nicht an; doch wird man sich des Satzes erinnern müssen: minima non curat praetor und nicht alles „Eigentum" des Beklagten (z. B. seine Leibeskleidung) als Vermögen im Sinne des § 99 J. N. ansehen dürfen;[7]) nur braucht das Vermögen in keinem Verhältnisse zum

[1]) Vergl. Eckstein, Grundsätze der Zwangsvollstreckung ausländischer Exekutionstitel S. 39 ff. und oben S. 248.

[2]) Walker, Streitfragen S. 118 ff.; Wach I. S. 418 ff.; R. Schmidt S. 215. Vergl. § 4 Z. 6 E. O. und unten § 70.

[3]) § 99 J. N. sagt: „Wohnsitz"; an dem Wortlaute halten fest Schauer, Z. P. O. S. 177; Walker S. 118.

[4]) Es können z. B. wirtschaftliche Unternehmungen sein (§ 341 E. O.). Ein Kredit, ein Kundenkreis sind freilich kein Vermögen, wohl aber ein Gesellschaftsanteil; siehe auch Z. E. Nr. 407.

[5]) A. M. Horten S. 305 f., der den Besitz von Reliquien für genügend hält.

[6]) A. M. Neumann, Komm. I. S. 1235; Demelius S. 112; Z. E. Nr. 500 (sehr weitgehend); dtsch. R. G. IV. S. 418; VII. S. 325; wie Text Walker S. 119; zweifelhaft Z. E. Nr. 407.

[7]) A. M. Demelius S. 112; dessen Meinung würde dahin führen, einen Ausländer bei Betretung im Inlande wegen vermögensrechtlicher Ansprüche immer im Inlande belangen zu können, da er doch Kleider und Wäsche trägt; bedenklich in den Gründen auch noch Pfaff-Schey Nr. 1088; Z. E. Nr. 500.

Prozeßgegenstande zu sein. Nicht als Vermögen des Beklagten gilt der Prozeßgegenstand selbst, auch wenn das der Kläger (z. B. bei einer negativen Feststellungsklage) behauptet; denn das Gesetz setzt, freilich ohne es ausdrücklich zu sagen, ein vom Prozeßgegenstande verschiedenes Vermögen voraus. Dagegen darf das Vermögen in — nicht durch Kompensation tilgbaren — Ansprüchen des Beklagten gegen den Kläger bestehen; sind sie dagegen kompensabel, so fehlt es an jedem verständigen Grunde, dem Kläger einen inländischen Gerichtsstand für etwas zu verschaffen, was er ohne Prozeß erreichen kann.[8]) Überhaupt muß bei der Auslegung des nach seinem Vorbilde weitgefaßten § 99 J. N. stets daran festgehalten werden, daß er nicht in fraudem legis benutzt werde, insbesondere also, daß das Vermögen nicht in fraudem legis zur Erschleichung des hier erörterten Gerichtsstandes dem Beklagten zugewendet sei, da das Gesetz ein derart arglistiges Handeln nicht zu unterstützen hat; so ist der Gerichtsstand nicht begründet, wenn der Kläger wissentlich beim unzuständigen Gerichte klagt und die infolgedessen dem Beklagten wider ihn zugesprochene Kostenforderung als Vermögen desselben nun für den Gerichtsstand des § 99 J. N. verwenden will.

Entscheidend für die Zuständigkeit des einzelnen Gerichtes ist die Lage des Vermögens. Bei Immobilien entscheidet ihre Lage; dasselbe gilt für andere körperliche Sachen und die Inhaberpapiere;[9]) bei anderen Forderungen des Beklagten entscheidet der inländische Wohnsitz[10]) des Drittschuldners und in Ermanglung eines solchen die Lage der als Sicherstellung für die Forderung haftenden körperlichen oder unkörperlichen[11]) Sache.

Irrelevant ist die Staatsbürgerschaft des Beklagten[12]) und ob er eine physische oder eine juristische Person ist, relevant, ob er im Inlande einen allgemeinen Gerichtsstand hat.[13])

III. Der Gerichtsstand des Klaggegenstandes (§ 99 J. N.) ist gegen Beklagte, welche im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand haben, bei jenem inländischen Gerichte begründet, in dessen Sprengel der mit der Klage in Anspruch genommene — nicht mit dem „Prozeßgegenstande" zu verwechselnde — Gegenstand sich befindet. Die Lage dieses Klaggegenstandes ist wie jene des Vermögens zu bestimmen (siehe II), obwohl dem de lege ferenda erhebliche Bedenken für den Fall entgegenstehen, daß der Beklagte den Gegenstand nicht in der Gewahrsame hat.[14])

---

[8]) A. M. Pfaff-Schey Nr. 820; wie Text Pfaff-Schey Nr. 1049.

[9]) Nicht auch für Wechsel; a. M. Walker S. 119; Demelius S. 112.

[10]) Nicht der allgemeine Gerichtsstand, da es hier auf die tatsächliche Situation ankommt.

[11]) A. M. Demelius S. 113.

[12]) Daher findet der Gerichtsstand trotz des Staatsvertrages vom 6. Mai 1881 Nr. 88 ex 1882 auch auf Serben Anwendung; a. M. Schauer, Z. P. O. S. 177; Horten S. 305.

[13]) Über die funktionelle, auf Vermögen gestützte Zuständigkeit im Exekutionsverfahren siehe § 70.

[14]) Überzeugend Wach I. S. 423, der diese Beschränkung freilich schon für das geltende Recht behauptet.

Positive Feststellungsklagen sind bei diesem Gerichtsstande möglich, nicht auch negative.

IV. Der Gerichtsstand des Heimatshafens (§ 99 Abs. 4 J. N.) wird vom Gesetze als solcher des Vermögens fingiert; er ist die Fortbildung eines früher nur für Dalmatien bestehenden Gerichtsstandes (§ 55 der J. N. vom 20. November 1852 Nr. 261) und konkurriert — trotz des anscheinend widersprechenden Wortlautes des Gesetzes (verbo: „... gilt ..." im § 99 Abs. 4 J. N.)[15] — mit dem Gerichtsstande des Vermögens. Jener ist für alle vermögensrechtlichen Ansprüche, die sich auf Seeschiffe und Seefahrt beziehen, gegen Reeder, welche im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand haben, beim Gerichte des Heimatshafens des betreffenden Schiffes begründet. Heimatshafen ist jener Ort, von welchem aus mit diesem Schiffe die Schiffahrt betrieben werden soll; in der Regel haben nur österreichische oder ungarische Schiffe einen österreichischen Heimatshafen (Gesetz vom 7. Mai 1879 Nr. 65).

V. Der Gerichtsstand ausländischer Gesellschaften und Vereine (mit oder ohne juristische Persönlichkeit) ist eine wertvolle Fortbildung des in der kais. Vdg. vom 29. November 1865 Nr. 127 begründeten Gerichtsstandes gegen ausländische Aktiengesellschaften;[16] dem deutschen Rechte ist er fremd. Er beruht auf dem richtigen Gedanken, daß man in jenem Staate, in dem man ständig Erwerb sucht, auch Recht geben und nehmen solle. Demgemäß ist das Forum für vermögensrechtliche Ansprüche (verbo: „überdies" § 99 Abs. 3 J. N.) gegen ausländische Personenmehrheiten und juristische Personen beim Gerichte des Sitzes ihrer inländischen Vertretung (Repräsentanz) begründet. Die Vertretung muß eine ständige, der Vertreter braucht aber kein Angestellter zu sein; wohl aber muß seine Vertretungsbefugnis nach außen hin (der Behörde oder dem Publikum gegenüber) kundgemacht worden sein. Der Umfang der Vertretungsbefugnis ist irrelevant. Fehlt es an der ständigen Vertretung, so fehlt es an diesem Forum; um diesem Übelstande auszuweichen, ist für eine Reihe ausländischer Gesellschaften und Vereine die Bestellung eines ständigen Vertreters in Österreich zur Bedingung ihrer Zulassung zum Geschäftsbetriebe in Österreich erhoben.

Mit dem Gerichtsstande des Vermögens, zu den ihn das Gesetz stellt, hat der Gerichtsstand ausländischer Gesellschaften und Vereine nichts zu tun.

VI. Der Gerichtsstand des letzten inländischen Wohnsitzes oder Aufenthaltes (§ 67 J. N.) ist für alle Verbindlichkeiten vermögens- und nicht vermögensrechtlicher Art, die im Inlande begründet oder zu erfüllen sind, bei dem Gerichte, sei es des letzten Wohnsitzes, sei es des letzten Aufenthaltes im Inlande gegen solche Beklagte begründet, welche keinen allgemeinen Gerichtsstand haben. Dieser subsidiäre Gerichtsstand ist also nicht nur auf gewisse Ansprüche beschränkt, wie alle besonderen Gerichts-

[15]) Die Fiktion darf nicht über ihren Zweck ausgedehnt werden.

[16]) Hierüber siehe v. Canstein, Lehrbuch des Handelsrechtes I. S. 176 ff.

stände, sondern auch noch davon abhängig, daß der Beklagte selbst im Auslande keinen allgemeinen Gerichtsstand habe. Irrelevant ist dagegen, wie weit dieser inländische Aufenthalt oder Wohnsitz zurückliegt, ob der Schuldner ein Inländer oder ein Ausländer ist, und ob der eingeklagte Anspruch gerade während des Aufenthaltes im Inlande entstand oder zu erfüllen war.

Der Gerichtsstand besteht neben anderen besonderen Gerichtsständen, dagegen wegen seiner subsidiären Natur nicht neben einem allgemeinen Gerichtsstande; sobald dieser entsteht, geht darum jener unter.

VII. Der Gerichtsstand der Reziprozität[17]) (§ 101 J. N.) ist der einzige gegen ausländische Staatsangehörige als solche gerichtete Gerichtsstand;[18]) er entstammt dem § 29 lit. d der J. N. vom 20. November 1852 Nr. 251 und ist dem deutschen Reichsrechte fremd. Er besteht gegen ausländische Staatsangehörige[19]) ohne Rücksicht auf ihren Wohnsitz[20]) bei jenem Gerichte, welches nach dem Rechte des betreffenden Auslandstaates gegen den Österreicher als Fremden zuständig wäre (siehe z. B. art. 14 des französischen code civil, art. 58 des rumänischen codice di procedura);[21]) diese Rezeption ausländischer Zuständigkeitsnormen findet dagegen nicht statt, wenn die ausländische Norm gleichmäßig auf In- wie auf Ausländer Anwendung findet[22]) (formelle Reziprozität).[23]) Diese Auffassung ist nicht die der österreichischen Praxis und herrschenden Lehre,[24]) welche vielmehr, die materielle Reziprozität übend, jede ausländische Zuständigkeitsnorm als durch § 101 J. N. rezipiert ansieht, die wir nicht haben, und darum z. B. den § 29 dtsch. Z. P. O. (Gerichtsstand des Vertrages), den § 35 der ung. Z. P. O.[25]) (Vertrags- und Buchgerichtsstand) unbedenklich retorsionsweise anwendet. Wenn nun auch zugegeben werden muß, daß § 101 J. N. das Problem nicht deutlich löst, so spricht für die hier vertretene Auffassung doch, daß nur nach ihr die Worte „gegen österreichische Staatsangehörige" im § 101 J. N. erforderlich

---

[17]) v. Schrutka, Umgestaltung S. 115 ff.; Menger S. 171 ff.; v. Canstein, Lehrbuch I. S. 70; Walker, Streitfragen S. 109 ff.; Rosenblatt in Böhms Zeitschr. I. S. 285 ff.; Schreiber in G. Z. 1888 S. 217 ff.

[18]) Die sachliche Zuständigkeit wird durch die Retorsion nicht berührt, wie der Wortlaut des § 101 J. N. („Gerichtsstand"), seine Stellung im Gesetze und die ratio legis ergeben; v. Schrutka S. 116; Demelius S. 114; v. Fürstl III. S. 214; a. M. Horten S. 309.

[19]) Nicht gegen Serben; Staatsvertrag vom 6. Mai 1881 Nr. 88 ex 1882.

[20]) Nicht bei Ratengeschäften, wenn der Käufer im Inlande wohnt; Petschek in Jur. Vrtjschr. XXX. S. 163 ff.

[21]) Pfaff-Schey Nr. 1088.

[22]) Hievon kann eine Ausnahme nur zugestanden werden, wenn eine Norm lediglich anscheinend gleichmäßig gegen In- und Ausländer, in Wahrheit aber nur gegen diese gerichtet ist.

[23]) Menger a. a. O.

[24]) Gl. U. Nr. 8277, 10099, 13163, 13676; Walker S. 110; Demelius S. 114; Horten S. 308 f.; Neumann, Komm. I. S. 1237; wohl auch v. Schuster S. 69; wie Text v. Fürstl III. S. 214.

[25]) Vergl. über dessen Anwendbarkeit Pfaff-Schey Nr. 1033, 1100. Sein in Alinea 2 normierter Buchgerichtsstand fordert einen protokollierten Kaufmann als Kläger; siehe Pfaff-Schey Nr. 1100.

sind, während sie nach der bekämpften Auffassung dort überflüssig wären — man lese den § 101 J. N. ohne diese Worte und man wird dann[26]) die materielle Reziprozität deutlich ausgesprochen finden — und daß man doch von keinem fremden Staate billigerweise erwarten kann, er werde die Österreicher besser als seine Inländer behandeln: hätte die Jurisdiktionsnorm das wirklich erwartet und darum die materielle Reziprozität vorschreiben wollen, so hätte sie das darum als das Unwahrscheinlichere deutlicher anordnen müssen. Die Konsequenz der hier vertretenen Auffassung ist eine erhebliche Einschränkung des Anwendungsgebietes des § 101 J. N. gegenüber der maßlosen Ausdehnung, welche ihm die Praxis gibt.

§ 65. Gerichtsstände wegen erleichterter Feststellung des Sachverhaltes.

I. Eine große Anzahl besonderer Gerichtsstände beruht im wesentlichen auf der Erwägung, daß ein bestimmtes Gericht gerade zur Entscheidung des betreffenden Anspruches am geeignetsten sei; hiefür sind nicht die Fach- und natürlicherweise auch nicht spezielle Rechtskenntnisse des betreffenden Gerichtes maßgebend, sondern seine konkreten Beziehungen zum betreffenden Anspruche, z. B. weil der Klaggegenstand in seinem Sprengel liegt, oder weil derselbe mit jenem eines Vorprozesses enge zusammenhängt. Die hiehergehörenden Gerichtsstände sind großenteils älteren, zum Teile sehr alten Ursprunges, bald Wahl-, bald ausschließliche Gerichtsstände. Einige von ihnen fallen stets mit einer Verschiebung der normalen sachlichen Zuständigkeit zusammen; diese Normen sind es hauptsächlich, auf welche die Sperl'sche Terminologie von der individuellen Zuständigkeit Anwendung findet (S. 239).

II. Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft[1]) (§ 93 J. N.) ist ein wahlweiser, subsidiärer Gerichtsstand wider geklagte Streitgenossen mit Ausnahme der nach § 11 Z. 2 Z. P. O. geklagten (siehe § 32 I k). Er tritt nie im Falle des § 11 Z. 2 Z. P. O. und auch sonst nur dann ein, wenn für einen Fall der Streitgenossenschaft nicht ausschließend oder wahlweise[2]) ein anderer inländischer besonderer Gerichtsstand begründet ist (z. B. jener des § 93 Abs. 2 J. N.); die ratio dieser Beschränkung ist die damit eintretende Entbehrlichkeit des hier besprochenen Gerichtsstandes. Dieser schafft die Voraussetzungen der Streitgenossenschaft nicht, sondern setzt sie voraus;[3]) jeder Streitgenosse kann darum die Einrede der Unzuständig-

[26]) Walker S. 111 f. meint, der jetzige „Wortlaut" des § 101 J. N. spreche „noch deutlicher" für seine Ansicht, als § 29 lit. d der früheren Jurisdiktionsnorm; ich habe nicht ermitteln können, welchen Teil des § 101 J. N. Walker meint. Die anderen Vertreter seiner Meinung haben sich in eine Begründung m. W. nicht eingelassen.

[1]) v. Schrutka, Umgestaltung S. 102 ff.; Skedl I. S. 187 f.; Beißer, Streitgenossenschaft und Zuständigkeit (G. Z. 1899 S. 355 f.). Über ihn im Exekutionsverfahren Z. E. Nr. 474.

[2]) Überzeugend v. Schrutka S. 104. Das gilt auch für das forum prorogatum; Skedl I. S. 193 Anm. 14.

[3]) Arg. daraus, daß § 93 J. N. den im § 11 Z. P. O. bestimmten terminus

keit auf die Unzulässigkeit der in der Klage behaupteten Streitgenossenschaft stützen[4]) — er habe denn z. B. seinen allgemeinen Gerichtsstand beim angerufenen Gerichte. Der Gerichtsstand ist beim inländischen allgemeinen Gerichtsstande des Hauptverpflichteten, in Ermanglung eines Hauptverpflichteten bei jenem eines der Streitgenossen begründet. Hat der Hauptverpflichtete keinen inländischen allgemeinen Gerichtsstand, so dürfen die Streitgenossen — nach österreichischem Rechte — nicht im Auslande gemeinschaftlich geklagt werden, da § 93 J. N. den Gerichtsstand beim „inländischen" allgemeinen Gerichtsstande eröffnet; scheidet der Kläger hier den Hauptverpflichteten aus der Streitgenossenschaft aus, so hat er den allgemeinen Gerichtsstand eines der Nebenverpflichteten zur Verfügung. Dagegen darf er den Hauptverpflichteten nicht beim allgemeinen Gerichtsstande eines Nebenverpflichteten belangen; jener könnte dawider die Einrede der Unzuständigkeit erheben.

Nicht erforderlich ist, daß alle Streitgenossen im Inlande einen allgemeinen Gerichtsstand haben.[5]) Die sachliche Zuständigkeit wird durch diesen Gerichtsstand nicht berührt,[6]) es sei denn indirekt infolge der Addition der Ansprüche (§ 55 J. N.; siehe S. 276).[7])

III. Der Gerichtsstand der Wechselklage (§§ 89, 93 Abs. 2 J. N.; siehe S. 270) ist fakultativ am Zahlungsorte des Wechsels begründet.

IV. Der Gerichtsstand der Widerklage[8]) (§ 96 J. N.; § 233 Z. P. O.; forum reconventionis) war als solcher gegen Gerichtsfremde schon dem älteren deutschen Rechte bekannt und erhielt sich auch in erweiterter Form im gemeinrechtlichen und früheren österreichischen Prozesse. Mit dem mündlichen Verfahren wuchs seine Praktikabilität, weil er die gemeinschaftliche Verhandlung der ohne ihn bei verschiedenen Gerichten sich abspielenden Prozesse ermöglicht. Die Widerklage, das ist die vom Beklagten des Vorprozesses gegen dessen Kläger erhobene Klage, vermag demnach jetzt zwei Wirkungen zu äußern: eine auf die Zuständigkeit, eine auf die Vereinigung des Vor- mit dem Widerklagsprozesse. Doch hängen diese Wirkungen nicht voneinander ab. So ist der Gerichtsstand der Widerklage als wahlweiser beim Gerichte des Vorprozesses dann begründet, wenn der Vorprozeß schon streithängig und wenn die mündliche Verhandlung erster Instanz über ihn noch nicht geschlossen ist — aber nur dann, wenn mit der Widerklage ein Anspruch erhoben wird, für

„Streitgenossenschaft" verwendet; im Resultate gleich Neumann, Komm. I. S. 1230; a. M. Ruzicka in G. H. 1901 S. 135.

[4]) Mancher Unfug der Praxis kann dadurch vermieden werden; freilich darf die Einrede nicht darauf gestützt werden, daß die Streitgenossenschaft tatsächlich nicht besteht.

[5]) Horten S. 295; a. M. Demelius S. 105.

[6]) Beißer a. a. O.; v. Fürstl III. S. 203; unrichtig Trutter S. 309; Ruzicka in G. H. 1901 S. 135 f., der die von Beißer a. a. O. geltend gemachten Gründe nicht im geringsten erschüttert hat.

[7]) Skedl I. S. 193; zu allgemein Beißer a. a. O.

[8]) Klein, Vorlesungen S. 207. Historisches bei Kleinfeller, Der Gerichtsstand der Widerklage (1882); R. Pollak, Die Widerklage (1889).

den das Gericht des Vorprozesses durch Vereinbarung zuständig gemacht werden könnte,[9]) und der entweder mit dem Anspruche des Vorprozesses im tatsächlichen oder[10]) rechtlichen Zusammenhange steht, oder mit ihm kompensabel, oder (im Vorprozesse streitig geworden und) für die Entscheidung des Anspruches im Vorprozesse präjudiziell ist (§ 233 Z. P. O.). Irrelevant dagegen ist, ob das Gericht für den Vorprozeß zuständig,[11]) entscheidend nur, ob der Vorprozeß bei diesem Gerichte streithängig ist; denn § 96 J. N. sagt nicht: „bei dem für die Klage zuständigen Gerichte", sondern: „bei dem Gerichte der Klage . . .", eine sehr zweckmäßige Fassung, da sonst kein Beklagter wagen dürfte, die Widerklage zu erheben, wenn er wider die Klage die Einrede der Unzuständigkeit erhoben hat, über deren Erfolg er doch im Unklaren sein kann. Irrelevant ist, ob für die Widerklage das gleiche Verfahren wie für die Vorklage anwendbar ist; auch wenn die eine im Urkunden-, die andere im ordentlichen Prozesse zu verhandeln ist, kann der Gerichtsstand begründet sein. Denn die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Verhandlung ist zwar eines[12]) der Motive für die Zulässigkeit des forum reconventionis, aber keines der gesetzlichen Tatbestandsmomente dieses Gerichtsstandes. Irrelevant endlich ist, ob die Widerklage eine Leistungs- oder eine Feststellungsklage, und ob sie im letzteren Falle auf die Feststellung eines Anspruches oder einer Urkundenechtheit[13]) gerichtet ist. Denn der anscheinend die letztgenannte Feststellung ausschließende Teil des ersten Absatzes des § 96 J. N. („. . . ferner, wenn . . .") erklärt sich dadurch, daß er nur ein Zitat des § 236 Z. P. O. ist, der bei Feststellungsanträgen jene auf Urkundenechtheit ausschließt; fällt dagegen eine Widerklage unter die erste Voraussetzung, jene ihres Zusammenhanges mit der Vorklage, so kann sie auch auf die Feststellung der Urkundenechtheit gehen.

Der Gerichtsstand besteht auch für die Widerklage der Widerklage.

V. Unter dem Gerichtsstande des Sachzusammenhanges (forum connexitatis materialis) versteht man jenen, bei welchem die Tatsache zuständigkeitsbegründend ist, daß ein geltend zu machender Anspruch mit einem bereits geltend gemachten oder gleichzeitig geltend zu machenden konnex ist; die Verteilung der Parteirollen ist hiebei irrelevant. Einen solchen Gerichtsstand, der die objektive Klagenhäufung sehr erleichtert, kannte das gemeine[14]) und das frühere österreichische Recht (§ 41 der J. N. von 1852). Das jetzige kennt nur mehr Rudimente desselben,

---

[9]) So können für die Widerklage auch die sachlichen Zuständigkeitsgrenzen in gewissem Maße verschoben werden; siehe S. 262.

[10]) Es ist nicht gerade ein rechtlicher Zusammenhang erforderlich, da das § 96 J. N. nicht sagt; v. Fürstl III. S. 208; a. M. Demelius S. 108; Horten S. 302.

[11]) A. M. Demelius S. 108; v. Fürstl III. S. 207; wie Text wohl Neumann, Komm. I. S. 563.

[12]) Nicht das einzige, wie Demelius S. 108 anscheinend annimmt.

[13]) A. M. Horten S. 299.

[14]) Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten § 42; a. M. Renaud S. 98 ff.

während sein Prinzip im § 227 Z. P. O. abgelehnt ist.[15]) Hieher gehören folgende Fälle:

a) Der Gerichtsstand der Hauptinterventionsklagen[16]) (§ 94 J. N.; S. 191 f.). Er ist ein wahlweiser Gerichtsstand beim Gerichte des Vorprozesses von dessen Streithängigkeit bis zu dessen rechtskräftiger Entscheidung; für vermögensrechtliche[17]) Hauptinterventionsklagen verschieben sich dann auch die Grenzen der sachlichen Zuständigkeit[18]) (§ 95 J. N.). Wird die Vorklage wegen Unzuständigkeit abgewiesen, so berührt das den Gerichtsstand der Hauptinterventionsklage nicht; § 94 J. N. ist hiefür noch deutlicher als § 96 J. N. textiert.

Der Gerichtsstand ist wegen der Möglichkeit der Vereinigung des Vor- mit dem Hauptinterventionsprozesse wichtig[19]) (§ 187 Z. P. O.).

b) Der Gerichtsstand der Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigten (§ 94 J. N.) ist als Wahlgerichtsstand der Genannten gegen ihre Klienten für ihre Ansprüche auf ihr Honorar und den Ersatz ihrer Auslagen und für Feststellungsansprüche der Mandanten aus dem gleichen Rechtsgrunde beim Gerichte erster Instanz[20]) begründet, vor welchem die Vollmacht im Zivilprozesse oder im Verfahren außer Streitsachen einschließlich des Konkurses (arg. Art. V Einf. Ges. zur Z. P. O.) zur Verwendung gelangte, und verschiebt die sachlichen Zuständigkeitsgrenzen (S. 262). Die ratio dieses für das österreichische Recht neuen Gerichtsstandes liegt darin, daß das genannte Gericht die Honoraransprüche am besten bewerten könne; da diese ratio auf Honoraransprüche aus der Vertretung in Verwaltungssachen nicht, in Strafsachen nicht immer zutrifft, darf das forum auf diese nicht ausgedehnt werden.

c) Der Gerichtsstand der Nichtigkeits- und der Wiederaufnahmsklage (§ 532 Z. P. O.) bestimmt sich stets nach dem Prozeßgerichte erster Instanz. Er ist für die Wiederaufnahmsklage der §§ 530 Z. 1—3, 5—7 und 531 Z. P. O. bei diesem Gerichte selbst als ausschließendem Gerichtsstande begründet, es sei denn lediglich das Urteil eines höheren Gerichtsstandes angefochten; handelt es sich um eine Nichtigkeitsklage oder um eine Wiederaufnahmsklage des § 530 Z. 4 Z. P. O., so ist das höchste jener Gerichte ausschließlich zuständig, deren Urteile angefochten werden (S. 264).

d) Der Gerichtsstand des benannten Auktors (§ 22 Z. P. O.) ist beim Gerichte des Prozesses begründet, in den er eintritt; denn er tritt „an Stelle" des Nominanten in den Prozeß (§ 23 Z. P. O.), darf also die Einrede der Unzuständigkeit zwar aus dessen, nicht aber aus

---

[15]) Vergl. Pfaff-Schey Nr. 697, 1180 (den Gründen ist nicht völlig beizutreten).

[16]) Skedl I. S. 234 ff.

[17]) Nicht für alle Hauptinterventionsklagen, siehe S. 192; a. M. Neumann, Komm. I. S. 1232.

[18]) Pfaff-Schey Nr. 347.

[19]) Skedl I. S. 243 hält sie wegen des Wortlautes des § 187 Z. P. O. für unzulässig.

[20]) In Syndikatsprozessen also beim Oberlandesgerichte; zweifelnd Demelius S. 107. — Vergl. Z. E. Nr. 205 (für die Übergangszeit).

seiner Person erheben. Dieser Gerichtsstand verschiebt auch die sachlichen Zuständigkeitsgrenzen.

e) Der Gerichtsstand der Hypothekarklage ist auch jener der Zahlungs-, der der Löschungsklage auch jener der Feststellungsklage auf den Nichtbestand des Pfandrechtes, wenn die im § 48 III 1 entwickelten Voraussetzungen der objektiven Klagenhäufung zutreffen.

f) Der Gerichtsstand der unbeweglichen Sache (§ 84 J. N.; siehe unten VII) ist bei objektiver Klagenhäufung von Ansprüchen gegen mehrere Güter beim Gerichtsstande eines jeden dieser Güter begründet.

g) Feststellungsanträge während des Prozesses gehören vor das Gericht der Klage, wenn der Rechtsweg überhaupt für den Anspruch offen steht; wäre dasselbe sachlich nicht zuständig — es sei denn nur um des Streitwertes willen; siehe S. 275 Anm. 5 — oder wäre für den festzustellenden Anspruch ein „besonderes Verfahren", das ist nach der richtigen Terminologie der Urkunden- oder Bestandprozeß,[21]) oder das schiedsrichterliche Verfahren ausschließlich vorgeschrieben (§§ 236, 259 Z. P. O.), so sind sie als Feststellungsanträge unzulässig. Als Kompensationseinwendung erhobene Ansprüche und solche nach § 408 Z. P. O. gehören vor das Gericht der Klage; für die ersteren ergibt es sich aus der Form der Geltendmachung, für die letzteren steht es im § 408 Z. P. O.

VI. Die Attraktionsgerichtsstände finden ihre Begründung darin, daß das Gericht über die dem Prozesse zugrunde liegende Sach- oder Rechtslage bereits ganz oder zum Teile informiert ist, wenn dieselbe auch nicht wie in den Fällen des Sachzusammenhanges bereits bei ihm Prozeßgegenstand war. Auch beim Attraktionsgerichtsstande erwartet demnach das Gesetz eine expeditivere Verhandlung und eine sachgemäßere Entscheidung als vor den anderen Gerichten. Hieher gehören folgende Fälle:

a) der Gerichtsstand der Exekutionsbewilligung; siehe § 48 III n;

b) der Gerichtsstand der Exekution; siehe S. 263, 268, 272;

c) der Gerichtsstand der Widerspruchsklage gegen politische Exekutionen; siehe S. 264;

d) der Gerichtsstand des Konkurses; siehe S. 268, 271.

e) der Gerichtsstand des Fideikommisses und des Lehensverhältnisses; siehe S. 268 und unten VII c;

f) der Gerichtsstand der Nachlaßabhandlung (§ 77 J. N.). Früher ein ausschließlicher besonderer Gerichtsstand, ist er nun bald ein allgemeiner, bald ein wahlweiser, bald ein ausschließlicher besonderer Gerichtsstand, das erste für die Prozesse der Gläubiger des Erblassers, das zweite für die Prozesse, welche gegen den Nachlaß als solchen oder gegen den Erben als solchen[22]) geführt werden, das dritte für die Erbteilungs-

[21]) Keine „besondere Art des Verfahrens" ist der Eheprozeß (siehe S. 111; a. M. Schauer, Z. P. O. S. 528; Neumann I. S. 559; Ott in Grünhuts Zeitschr. XXX. S. 316 ff.; Ullmann S. 172); trotz der Überschrift des VI. Teiles der Z. P. O. der Syndikatsprozeß (a. M. Ullmann S. 171; Ott a. a. O. S. 307 ff.); der Besitzstörungs- und Bagatellprozeß (Neumann, Komm. I. S. 844; Ott a. a. O. S. 280; a. M. Blumenfeld, Bagatellverfahren S. 11).

[22]) Pfaff-Schey Nr. 285 (mit nicht zu billigender Begründung).

klagen (S. 264, 268). Er ist am Orte des inländischen[23]) Nachlaßabhandlungsgerichtes begründet, beim Nachlaßgerichte selbst nur, wenn dieses nach den §§ 49—51 J. N. sachlich für den Prozeß zuständig ist, oder für Erbteilungsprozesse;

g) der Gerichtsstand für Syndikatsprozesse bestimmt sich nach dem Gerichte, von welchem oder von dessen Bestellten die Rechtsverletzung begangen wurde (§ 80 J. N.; siehe S. 273; Art. VI Z. 4 Einf. Ges. zur J. N.; § 8 Synd. Ges.).

VII. Eine Reihe innerlich nicht zusammenhängender Gerichtsstände endlich ist nur durch eine gewisse örtliche Beziehung zwischen der Lage des Prozeßgegenstandes und dem Gerichte begründet. Hieher gehören folgende Fälle:

a) Das forum rei sitae[24]) (§§ 81, 83 J. N.). Es entstammt dem älteren germanischen, wo es ein allgemeiner Gerichtsstand war, und dem späteren römischen Rechte, wo es einen besonderen Gerichtsstand für Immobiliar- und Mobiliarklagen begründete. Im Laufe der Zeiten verlor es mit Recht immer mehr an Bedeutung; noch die Jurisdiktionsnorm von 1852 kannte es als ein nicht nur ausschließendes, sondern auch die örtliche Zuständigkeit verschiebendes; das geltende Recht gibt ihm auf die sachliche Zuständigkeit keinen Einfluß mehr,[25]) kennt somit in Streitsachen keinen Realgerichtsstand im technischen Sinne.

Der Gerichtsstand besteht für unbewegliche und für körperliche bewegliche Sachen. Es entscheidet die Lage der Sache[26]) im Zeitpunkte der Klagerhebung (§§ 81, 83 J. N.; Art. III Einf. Ges. zur E. O.), bei Besitzstörungsprozessen jedoch in jenem der Störung (§ 92 J. N.);[27]) liegt die Sache im Sprengel mehrerer Gerichte oder ist ihre Zugehörigkeit zu einem mehrerer Gerichtssprengel mit Rücksicht auf ihre Lage zweifelhaft, so ist jedes der in Betracht kommenden Gerichte zuständig (§ 84 J. N.; siehe V f).

Bei unbeweglichen Sachen ist der Gerichtsstand als ein ausschließlicher, aber prorogierbarer begründet für Leistungs- (Löschungs-)[28]) und Feststellungsklagen, bei denen der Anspruch ein „dingliches Recht", das ist Besitz (§ 308 a. b. G. B.), Eigentum, Pfandrecht, Servitut, Reallast (§ 81 J. N.), oder ein Anspruch auf Teilung (§ 81 J. N.), oder einer der den Bezirksgerichten zugewiesenen Bestandsvertragsansprüche ist[29]) (§ 83 J. N.); Erbrechts- und Vermächtnisklagen gehören trotz des § 308 a. b. G. B. nicht hieher (§ 77 J. N.); dagegen die Besitzstörungsklagen (§ 81 J. N.). Jene Klagen fallen nicht unter diesen Gerichtsstand

[23]) Arg.: alle besonderen Gerichtsstände sind inländische.

[24]) v. Canstein, Realgerichtsbarkeit bezüglich landtäflicher Güter (Gellers Ztbl. XIV. S. 97 ff.); Hoegel, Gerichtsstand der unbeweglichen Sache (G. Z. 1896 Nr. 39); Z. E. Nr. 170.

[25]) Z. E. Nr. 317.

[26]) Nicht das Grundbuchsgericht.

[27]) Kommt ein herrschendes und ein dienendes Gut in Betracht, so entscheidet die Lage des letzteren (§ 81 Abs. 2 J. N.).

[28]) Z. E. Nr. 170.

[29]) Nur bei dieser Auslegung hat das Zitat des § 49 Z. 5 J. N. im § 83 J. N. einen Sinn; Ott a. a. O. S. 304; a. M. Z. E. Nr. 6, 91.

des § 81 J. N., bei denen das dingliche Recht nur den Klaggrund bildet; nicht vor das forum rei sitae gehören darum z. B. Klagen wegen einer Beschädigung, Fruchtentziehung (es würden denn die Früchte rückgefordert), wegen einzelner Leistungen aus einer Reallast. Nicht hieher gehören auch Wiederkaufs- und Vorkaufsrechtsansprüche, weil § 9 Grundb. Ges. diese Rechte den dinglichen ausdrücklich entgegenstellt und § 81 J. N. sie nicht nennt. Der Gerichtsstand besteht, wie von altersher, auch gegen Exterritoriale und die dem Obersthofmarschallamte Unterworfenen (§ 85 J. N.).

Bei körperlichen beweglichen Sachen besteht der Gerichtsstand als ausschließender für die den Bezirksgerichten zugewiesenen Bestandprozesse[30]) (§ 83 J. N.) und für die Widerspruchsklagen gegen politische Exekutionen (Art. III Einf. Ges. zur E. O.), als wahlweiser bei Besitzstörungsprozessen (§ 92 J. N.). Der Gerichtsstand ist neu für Bestandprozesse bezüglich beweglichen Gutes (§ 1 der kais. Vdg. vom 16. November 1858 Nr. 213), und neu wäre auch dessen durch § 85 J. N. gebotene Ausdehnung auf Exterritoriale und die dem Obersthofmarschallamte Unterworfenen[31]) für Mobiliarbestandprozesse;[32]) doch ist dieses Resultat unannehmbar, obwohl weder § 49 Z. 5 J. N. noch (im Gegensatze zu § 81 J. N.) § 83 J. N. sich auf unbewegliches Gut beschränken, weil es in direktem Gegensatze zur völkerrechtlichen Übung stünde.

b) Der Gerichtsstand wegen einer Störung im Besitze von Wasserrechten ist als ausschließender beim Gerichte begründet, in dessen Sprengel die Störung geschah (§ 82 J. N.); er besteht auch gegen Exterritoriale und die dem Obersthofmarschallamte Unterworfenen (§ 85 J. N.).

c) Der Gerichtsstand für Lehensprozesse ist beim Gerichte begründet, in dessen Sprengel das Lehen liegt (§ 78 J. N.); nur wenn das Lehen ein landesfürstliches und der Lehensherr Prozeßpartei ist,[33]) ist jenes Gericht zuständig, in dessen Sprengel die Statthalterei, welche als Lehensstube fungiert, ihren Sitz hat (§ 78 J. N.). Der Verlassenschaftsgerichtsstand geht jenem der Lehensprozesse voran (§§ 77, 78 J. N.); siehe S. 268.

d) Der Gerichtsstand für Ersatzklagen gegen mit elementarer Kraft, z. B. mit Dampfkraft oder Elektrizität betriebene Eisenbahnen wegen Verletzung oder Tötung von Menschen im Eisenbahnbetriebe ist wahlweise — neben dem allgemeinen Gerichtsstande — bei jenem Gerichte begründet, in dessen Sprengel die Ereignung geschah (Art. VI Z. 2 Einf. Ges. zur J. N.); siehe S. 270.

---

[30]) A. M. Horten S. 277; Neumann, Komm. I. S. 1214; Fragenbeantwortung S. 8, welche mit — de lege ferenda beachtenswerten — Gründen den § 83 J. N. nur auf Immobilien beziehen.

[31]) Über Art. III Einf. Ges. zur J. N. siehe S. 254.

[32]) Strisower, Exterritorialität (im Österr. Staatswörterbuch I. S. 437). Die völkerrechtliche Bedeutung des § 85 J. N. ist wohl zu verneinen.

[33]) „An dem Streite teilnimmt," sagt § 78 J. N.

e) Der Gerichtsstand für Unwirksamkeitsklagen[34]) gegen Entscheidungen der Börsenschiedsgerichte ist beim Handelsgerichte begründet, in dessen Sprengel das Börsenschiedsgericht seinen Sitz hat, wenn diese Klage auf die Verletzung zwingender Normen durch das Schiedsgericht oder darauf gestützt wird, daß dieses über die Einrede von Spiel und Wette nicht oder falsch entschied (Art. XXV Einf. Ges. zur Z. P. O.).

Wird die Entscheidung eines anderen Schiedsgerichtes,[35]) sei es ein staatliches Gericht oder nicht, wegen dessen Entscheidung über die Einrede von Spiel und Wette, oder wird die Entscheidung irgend eines Schiedsgerichtes mit der Begründung angefochten, der Schiedsvertrag sei durch ein Kartell erzwungen, so ist für diese Klagen der Gerichtsstand beim Gerichte begründet, welches zur Exekutionsbewilligung auf Grund der angefochtenen Entscheidung zuständig ist (Art. XXIX, XXX E. O.).

Diese Gerichtsstände sind ausschließliche.

VIII. Anhang. Ausnahmsweise wird einem Gerichte die Zuständigkeit genommen, weil es möglicherweise den Sachverhalt schlechter als in anderen Fällen feststellen würde. Das liegt dann vor, wenn der Vorsteher eines Gerichtshofes erster Instanz als Prozeßpartei vor diesem oder einem diesem Gerichtshofe untergeordneten Bezirksgerichte auftreten soll; solche Klagen gehören dann statt vor dieses Gericht vor einen der unmittelbar an den erstgenannten angrenzenden Gerichtshöfe (§ 79 J. N.); siehe S. 269.

§ 66. Gerichtsstände durch gerichtliche Bestimmung.

I. An der Aufrechterhaltung der örtlichen Zuständigkeitsnormen sind die Parteien in hohem Grade interessiert; denn mit der Entfernung vom Gerichtsamte steigt (auch dann, wenn keine sprachlichen Schwierigkeiten dadurch eintreten) die Last und das Lästige der Prozeßführung: darum ist es z. B. für den in Wien wohnenden Kläger nicht gleichgültig, ob er seine Klage in Wien oder beim Wohnsitze des Beklagten in Trient erhebt, und für den Beklagten ist es wichtig, ob er verlangen darf, in Trient geklagt zu werden, oder ob er sich auch die Klage in Wien gefallen lassen muß. Darum darf das Gesetz die örtlichen Zuständigkeitsbestimmungen nicht mit jener Indifferenz behandeln, welche es mit Recht in concreto der sachlichen entgegenbringt (siehe S. 279). Die Gerichte normieren darum eine örtliche Zuständigkeit nur ausnahms-

[34]) Derselbe Gerichtsstand besteht für die Nichtigkeitsbeschwerden gegen diese Entscheidungen; Art. XXIII Einf. Ges. zur Z. P. O.

[35]) Art. XXV Einf. Ges. zur Z. P. O. ist durch Art. XXIX Einf. Ges. zur E. O. nicht aufgehoben (Plenissimarbeschluß des o. G. H. vom 4. Februar 1897 Z. 460 Nr. 1330 J. M. Vdg. Bl.), da Art. XXX Abs. 2 dies sagt. Art. XXX Einf. Ges. zur E. O. dagegen findet auch auf Börsenschiedsgerichte Anwendung, da zwar das Kartell gegen zwingende Rechtsvorschriften verstoßen mag, nicht aber der auf Grund des Kartells mit einem Dritten abgeschlossene Schiedsvertrag; infolgedessen ist auch Art. XXX Einf. Ges. zur E. O. nicht unter Art. XXV Einf. Ges. zur Z. P. O. begriffen.

weise, nämlich a) bei Lücken des Gesetzes, b) bei Delegationen, c) bei negativen Kompetenzkonflikten.

II. Lücken des Gesetzes bestehen dann, wenn ein Anspruch auf den Rechtsweg und vor die inländischen Gerichte gehört,[1]) ohne daß für ihn eine örtliche Zuständigkeitsnorm vorhanden oder ohne daß der Tatbestand einer solchen zu ermitteln wäre[2]) (§ 28 J. N.); fehlt dagegen für einen Anspruch die Zulässigkeit des Rechtsweges oder die Verweisung vor die Gerichte, so ist konsequenterweise keine Lücke der ordentlichen Zuständigkeitsordnung vorhanden, wenn für diesen Anspruch kein Zuständigkeitsgrund gefunden werden kann: § 28 J. N. setzt die Zuständigkeit der österreichischen Gerichte voraus, nicht will er sie begründen.[3]) Infolgedessen ist sein Anwendungsgebiet ein enges; die Hauptfälle desselben sind auf S. 242 f. genannt, doch können sich auch andere Fälle denken lassen, z. B. bei der Aufhebung eines Gerichtes ohne eine genügende Aufteilung seiner Geschäfte.[4])

Solche Lücken schließt der oberste Gerichtshof; er bestimmt (immer nur für den konkreten Fall) die örtliche Zuständigkeit eines bestimmten Gerichtes. Zu diesem Zwecke bedarf es in Zivilprozeßsachen eines dem Anwaltszwange nicht[5]) unterliegenden Antrages (§ 28 J. N.), in welchem der erhobene Anspruch individualisiert sein muß, damit der oberste Gerichtshof feststellen könne, ob die behauptete Lücke im Gesetze bestehe; stützt sich der Antrag darauf, daß für diesen Anspruch der Tatbestand eines Zuständigkeitsgrundes „nicht zu ermitteln" sei, so muß dies begründet und in dem übrigens offiziosen Verfahren auf Verlangen bewiesen werden[6]) (siehe S. 242 f.). Wird dem Antrage Folge gegeben, so ist das bestimmte Gericht in concreto örtlich zuständig, so daß wohl die Unzulässigkeit des Rechtsweges[7]) und die sachliche, nicht aber die örtliche Unzuständigkeit desselben geltend gemacht werden darf.

Der Antrag hat keine privatrechtlichen Wirkungen, hemmt oder unterbricht die Verjährung nicht, schafft keine Streithängigkeit, kann auch — schon aus technischen Gründen — nicht mit der Klage verbunden werden;[8])

---

[1]) Darum ist das Beispiel v. Canstein S. 62, das an den Tatbestand des § 67 J. N. angeknüpft wird, nicht zu billigen.

[2]) Materialien I. S. 49; v. Schrutka, Umgestaltung S. 32 f.

[3]) Daher zieht Horten S. 145 mit Unrecht den Fall hieher, daß ein inländischer Aufenthalt nicht zu ermitteln ist; niemals darf der oberste Gerichtshof einen allgemeinen Gerichtsstand schaffen; nicht richtig auch Neumann, Komm. I. S. 1136.

[4]) Vergl. Art. XXI Einf. Ges. zur J. N. und den (freilich nicht erkannten) Fall der Z. E. Nr. 100.

[5]) Der Wortlaut des § 27 Z. P. O. würde allerdings den Anwaltszwang fordern, aber die ratio legis (speziell in Armenprozessen) ist dagegen; siehe S. 155, 176 c.

[6]) A. M. Horten S. 145, der nur „eine Art von Glaubhaftmachung" verlangt; aber das müßte im Gesetze ausgesprochen sein (§ 274 Z. P. O.).

[7]) Diese entscheidet der oberste Gerichtshof laut § 28 J. N. nicht, wenn er auch den Rechtsweg für zulässig halten muß, um zur Zuständigkeitsbestimmung zu gelangen. Auch haben ja bei der Frage nach der Zulässigkeit des Rechtsweges die Verwaltungsbehörden dreinzureden.

[8]) v. Fürstl III. S. 63; a. M. Horten S. 146.

er ist nur ein Vorbereitungsschritt für dieselbe. Ebensowenig hat die Zuständigkeitsbestimmung durch den obersten Gerichtshof privatrechtliche Wirkungen.

III. Delegation.[9]) Sie besteht darin, daß an die Stelle eines zuständigen Gerichtes für eine bestimmte Klage ein anderes Gericht zuständig gemacht wird. Sie darf nicht durch eine Verwaltungsbehörde, sondern nur durch Gerichte vorgenommen werden, damit jene keinen Einfluß auf die Rechtsprechung gewinnen, ist aber doch kein Akt der Rechtsprechung, sondern nur ein solcher der Justizverwaltung. Das gemeine Prozeßrecht nahm das erstere auf Grund der Erwägung an, die Gerichtsgewalt devolviere vom unteren an das nächsthöhere Gericht und dieses delegiere dann diese Gerichtsgewalt wieder; allein ein solcher Gedankengang entspricht der modernen Auffassung von der Gerichtsgewalt nicht mehr und scheitert auch am § 31 Abs. 1 J. N. Die Delegation ist nur in den taxativ genannten Fällen zulässig:

a) weil im Syndikatsprozesse ein Beschluß des Oberlandesgerichtspräsidenten oder eines Oberlandesgerichtssenates den Klaggrund bildet; da verweist der oberste Gerichtshof den Prozeß vor ein anderes Oberlandesgericht (§ 8 Synd. Verf.);

b) weil ein Gericht infolge einer erfolgreichen Ablehnung von Richtern nicht mehr gehörig besetzt ist. Da weist auf dessen Anzeige das unmittelbar übergeordnete die Verhandlung und Entscheidung einem anderen, sachlich zuständigen Gerichte zu.[10]) Dieses wird durch die Delegation zuständig, wenn es das erstgenannte Gericht war; daher kann wider das delegierte Gericht die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit nur auf die des erstgenannten Gerichtes gestützt werden (§ 30 J. N.). Der Delegationsbeschluß ist mit Rekurs anfechtbar; die Einrede der Unzuständigkeit kann wider ihn nicht, wider das delegierte Gericht als solches nur wegen seiner sachlichen Unzuständigkeit erhoben werden;

c) weil die Verhandlung vor dem zuständigen Gerichte unzweckmäßig ist. Das kann in zwei Fällen vorliegen. Der eine ist, daß ein Prozeßgericht erster Instanz ein Urteil gefällt hat, das wegen der Teilnahme eines mit Erfolg abgelehnten Richters an der Entscheidung oder wegen nicht gehöriger Besetzung der Richterbank nichtig war; da darf das Berufungsgericht nach Ermessen von Amts wegen die Sache statt an das Prozeßgericht an ein gleichartiges Gericht innerhalb seines Sprengels verweisen[11]) (§ 478 Abs. 3 Z. P. O.); unter dem „Gericht" hat man hier ex ratione legis nicht die Gerichtsanstalt, sondern das Amt zu ver-

[9]) Schultzenstein, Über die Bestimmung des zuständigen Gerichtes durch das höhere Gericht (in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. O. XXIII. S. 58 ff.); Neumann, Komm. II. S. 117 ff.

[10]) § 30 J. N. sagt: einem Gerichte „gleicher Gattung"; das ist wegen des Verhältnisses der Bezirksgerichte zu den Bezirksgerichten für Handelssachen nicht genau; siehe § 48 IV. Nicht beizutreten ist hinsichtlich der letztgenannten v. Fürstl III. S. 65 f., es sei statt der Delegation ein Richter zuzuteilen.

[11]) R. Pollak, Verzicht auf die untere Instanz (G. Z. 1897 Nr. 51, 52).

stehen, so daß die Verweisung auch vor eine andere Gerichtsabteilung derselben Gerichtsanstalt erfolgen darf.

Der zweite Fall liegt dann vor, wenn ein zuständiges Gericht voraussichtlich Schwierigkeiten bei der Verhandlung oder Entscheidung hätte, so daß es zweckmäßig erscheint, diese Sache einem anderen Gerichte mit gleicher sachlicher Zuständigkeit zu übertragen[12]) (§ 31 J. N.). Wie sich schon daraus ergibt, darf diese Delegation niemals auf die mangelnde Sachkenntnis eines Gerichtes und arg. § 30 J. N. auch nicht auf die Ablehnbarkeit der Richter gestützt werden; es verbleiben also als hiehergehörige Gründe z. B. sprachliche Schwierigkeiten, Lage des Augenscheinobjektes, wenn dessen Besichtigung durch einen ersuchten Richter nicht ausreicht. Immerhin handelt es sich um eine äußerst bedenkliche Abweichung von der normalen Zuständigkeitsordnung; darum wird für sie der Parteienantrag gefordert und die Entscheidung innerhalb desselben Oberlandesgerichtssprengels dem Oberlandesgerichte (auch wenn es nicht das unmittelbar übergeordnete Gericht ist), außerhalb desselben und für die Delegierung der Oberlandesgerichte dem obersten Gerichtshofe übertragen (§ 31 J. N.). Der Antrag darf wann immer gestellt werden, hat keine aufschiebende Wirkung (damit er nicht schikanös verwendet werde) und wird ohne eine mündliche Verhandlung durch einen anfechtbaren[13]) Beschluß erledigt (§ 31 Abs. 3 Z. P. O.).

Diese Normen sind nur für die ordentlichen Gerichte erlassen. Auf manche Sondergerichte (Reichsgericht, Patentgerichte, Obersthofmarschallamt) vertragen sie von vorneherein sowenig eine Anwendung als auf den obersten Gerichtshof. Dagegen ist ihre analoge Anwendung auf die Elbezollgerichte, Gewerbegerichte und staatlichen Schiedsgerichte geboten.

IV. Äußerlich ähnlich liegt der Fall der Zuständigkeitsbestimmung durch das Berufungsgericht (siehe S. 280). Die Situation ist folgende: das Prozeßgericht hat seine Zuständigkeit bejaht, das Berufungsgericht verneint sie; da hat es sich nicht immer mit der Verneinung zu begnügen, sondern bei einer durch Prorogation beseitigbaren Unzuständigkeit „die zur Einleitung des Verfahrens vor dem zuständigen Gerichte erforderlichen Anordnungen[14]) zu treffen“ (§ 475 Z. P. O.) und zu diesem Zwecke „die Rechtssache zu neuerlicher Verhandlung an das zuständige Gericht (zu) verweisen“ (§ 476 Z. P. O.).[15]) Hiedurch soll an sich zum Unterschiede von der Delegation nur die sonstige Zuständigkeitsordnung gewahrt werden, ohne daß es zu einer Klagabweisung kommt. Greift aber das Berufungsgericht fehl, so begründet es durch seine Zuweisung in concreto die Zuständigkeit, wenn es den Rechtszug ausschließt (§ 519 Z. 3 Z. P. O.) oder wenn er erfolglos bleibt.

---

[12]) Ähnlich liegen die Fälle der §§ 21, 22 E. O. für das Exekutionsverfahren.

[13]) Ausnahme: wenn der oberste Gerichtshof den Beschluß gefaßt hat.

[14]) Z. B. statt des Klägers, dessen Wahlrecht nach § 102 J. N. konsumiert ist (a. M. Rintelen, Berufungsgrund S. 37 f.), die Wahl unter mehreren zuständigen Gerichten zu treffen.

[15]) R. Pollak, Verzicht, Anm. 16.

V. Negative Kompetenzkonflikte[16]) entstehen dadurch, daß mindestens zwei angerufene Gerichte sich als unzuständig erklären. Über die sachlichen Unzuständigkeitserklärungen siehe S. 283. Anders als bei ihnen liegt die Sache bei örtlichen Unzuständigkeitserklärungen, weil da kein Gericht an die eines anderen Gerichtes gebunden ist (§§ 45, 46 J. N.); da können also negative Kompetenzkonflikte leichter entstehen.[17]) Statt ihrer Austragung im Rechtsmittelzuge[18]) gestattet nun § 47 J. N. für diese den kürzeren Vorgang, daß auf den Antrag des Klägers[19]) oder auf die Anzeige eines der Gerichte das den beiden Gerichten zunächst übergeordnete gemeinsame Gericht den Konflikt ohne eine mündliche Verhandlung durch Beschluß entscheidet. Der Beschluß kann die Zuständigkeit eines der beiden Gerichte bejahen; dann ist dieses hiedurch unanfechtbar örtlich zuständig, auch wenn es das nicht war. Der Beschluß kann aber auch (wovon § 47 J. N. freilich nicht spricht) dahin ausfallen, daß keines der angerufenen Gerichte örtlich zuständig ist; dann ist dieser Beschluß anfechtbar[20]) (§ 514 Z. P. O.), da § 47 Abs. 3 J. N. ihn nur für den Fall als unanfechtbar erklärt, daß er eine Zuständigkeitsbestimmung trifft.

Auf das Reichsgericht, die Patentgerichte und die Arbeiterversicherungsschiedsgerichte[21]) finden diese Normen keine Anwendung. Dagegen ist ihre analoge Anwendung auf die sonstigen staatlichen Sondergerichte (Oberstjofmarschallamt, Börsenschieds-, Gewerbe- und Elbezollgerichte) notwendig.

§ 67. Parteienvereinbarung und Präklusion.

Die Verschiebungen der örtlichen Zuständigkeit durch eine Parteienvereinbarung (prorogatio fori) sind auf S. 284 ff., jene durch Präklusion auf S. 289 f. dargestellt.

IV. Die funktionelle Zuständigkeit.

§ 68. Die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes erster Instanz. Der ersuchte Richter.

I. Das (örtlich und sachlich) zuständige „Prozeßgericht erster Instanz" (ein technischer Ausdruck für das Erkenntnisgericht erster Instanz) ist für alle jene Prozeßhandlungen von der Klagerhebung bis zur Fällung

[16]) Pfaff-Schey Nr. 693 (= Z. E. Nr. 100).

[17]) Z. E. Nr. 100.

[18]) Der — sei es a limine iudicii, sei es nach der Verhandlung — wegen örtlicher Unzuständigkeit vom zuerst angerufenen Gerichte abgewiesene Kläger hat also die Wahl, ob er gegen den abweisenden Beschluß Rekurs einlegen oder gleich ein zweites Gericht anrufen will; weist ihn auch dieses wegen seiner örtlichen Unzuständigkeit ab, dann steht dem Kläger der Weg des § 47 J. N. offen.

[19]) § 47 J. N., der auch für das Verfahren außer Streitsachen gilt, sagt: „einer Partei".

[20]) A. M. Neumann, Komm. I. S. 1163.

[21]) Desgleichen nicht auf die Prisengerichte.

und Zustellung seiner Endentscheidung funktionell zuständig, welche zu dieser Endentscheidung zu führen, den Prozeß zu ihr fortzuentwickeln bestimmt sind — ferner für alle Tatsachensicherungen (§ 384 Z. P. O.) und einstweiligen Verfügungen während des gleichen Zeitraumes (§ 387 E. O.); für sie alle steht ihm im Reichsgebiete die Entscheidungs- und die Befehlsgewalt im engeren Sinne zu. Aus dieser funktionellen Zuständigkeit folgt jedoch nur als Regel, daß das Prozeßgericht diese Funktionen auch selbst vornehmen müsse; ausnahmsweise darf es und bisweilen muß es hiezu andere Gerichte heranziehen.

Das letztere liegt zunächst dann vor, wenn eine Amtshandlung, z. B. eine Zustellung, Ladung, Auskunftserteilung, außerhalb des Gerichtssprengels vorzunehmen ist; diese darf das Prozeßgericht nur — wenn möglich nach vorheriger Benachrichtigung jenes Gerichtes, in dessen Sprengel eingegriffen wird — bei Gefahr im Verzuge oder an der Grenze seines Sprengels (§ 32 J. N.) und natürlicherweise nie außerhalb der Reichsgrenzen selbst vornehmen (§ 33 J. N.). Ferner liegt dieser Fall vor, wenn z. B. innerhalb des Sprengels an Exterritoriale Zustellungen oder in den kaiserlichen Hofgebäuden, in den Wohnungen der Mitglieder des kaiserlichen Hauses oder in jenen von Exterritorialen Amtshandlungen vorzunehmen sind (§ 32 J. N.), oder wenn Börsenschiedsgerichte Zeugen, Sachverständige oder Parteien beeiden lassen wollen (Art. XXII Einf. Ges. zur Z. P. O.).[1])

Im ganzen handelt es sich hier um wenig bedeutsame Ausnahmen. Denn der Fall, daß während des Erkenntnisverfahrens eine Amtshandlung außerhalb des Gerichtssprengels vorgenommen werden **muß**, ist selten, kommt innerhalb der Reichsgrenzen fast nur[2]) bei manchen Zustellungen, bei nicht vor das Prozeßgericht beischaffbaren Augenscheinsobjekten und bei Einsichtnahme in Handelsbücher (Art. 34 ff. H. G. B.; § 120 J. N.) vor; nur für die Börsenschiedsgerichte spielen diese Ausnahmen eine größere Rolle, weil sie auch innerhalb ihres Sprengels niemanden beeiden dürfen. Dagegen ist für alle Gerichte die erste Gruppe der obgenannten Fälle viel bedeutsamer, nämlich jene, in denen das Prozeßgericht Funktionen übertragen darf, die es auch selbst vornehmen dürfte. Innerhalb seines Sprengels darf nämlich jeder Gerichtshof erster Instanz zur Erleichterung der Sachbehandlung oder zur Vermeidung eines unnützen Kostenaufwandes[3]) um den Vollzug einzelner Amtshandlungen ein — wenn auch nicht ihm untergeordnetes — Bezirksgericht[4]) seines Sprengels ersuchen (§ 36 J. N.; einen analogen Fall behandelt § 19 E. O.). Ferner darf jedes Prozeßgericht unter Beobachtung gewisser gesetzlicher

[1]) Vergl. Heller-Trenkwalder, E. O. S. 20.

[2]) Zweifelhaft § 19 der Vdg. vom 10. April 1889 Nr. 47 über die Schiedsgerichte der Unfallversicherungsanstalten.

[3]) Der dritte (erste) Fall des § 36 J. N.: „wenn es durch besondere gesetzliche Vorschriften angeordnet ist", ist hier nicht praktisch, weil es an solchen für das Erkenntnisverfahren fehlt; § 526 Z. P. O. gehört nicht hieher.

[4]) Nicht auch das Bezirksgericht für Handelssachen; arg. des Wortlautes des § 36 J. N. und der taxativen Aufzählung des § 52 J. N.

Schranken bestimmte Amtshandlungen, z. B. Beweisaufnahmen, die sowohl in- als außerhalb des Sprengels vorgenommen werden könnten, außerhalb des Sprengels durch ein Bezirksgericht vornehmen lassen (§ 36 J. N.). Damit ist der Abwälzung solcher Amtshandlungen ein recht weites Gebiet eröffnet, welches die Gerichte nur mit Zaghaftigkeit und möglichst selten betreten sollen, um Verletzungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und damit empfindliche Schädigungen der Rechtsprechung zu vermeiden; vernimmt z. B. das Kreisgericht St. Pölten einen in Amstetten wohnenden Zeugen nicht selbst, sondern läßt ihn durch das Bezirksgericht Amstetten vernehmen, so vermag es seine Aussage durchaus nicht in jenem Maße zu würdigen, als wenn es den Zeugen selbst gesehen und gehört hätte. Verboten ist (arg. § 36 J. N.) die Übertragung der mündlichen Verhandlung oder der Entscheidung vom Prozeßgerichte an ein anderes Gericht.

II. Das Prozeßgericht ist ferner funktionell zuständig zur Exekutionsbewilligung auf Grund der von ihm oder seinen Rechtsmittelgerichten gefällten Entscheidungen oder sonst geschaffenen Exekutionstitel (§ 4 E. O.); siehe darüber § 70.

Über das Verhältnis des Prozeßgerichtes zum Rechtsmittelgerichte siehe § 69.

III. Bisweilen sind vor dem Prozeßbeginne einzelne Prozeßhandlungen zu setzen. Für diese ist die Zuständigkeit folgende:

Für die Aufnahme des Antrages auf die Erteilung des Armenrechtes ist neben dem Prozeßgerichte das Bezirksgericht des Wohnsitzes oder ständigen Aufenthaltes des Antragstellers zuständig, falls dieser nicht im Sprengel des Prozeßgerichtes seinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt hat, und falls er den Antrag zu Protokoll gibt (§ 65 Z. P. O.; siehe S. 176). Die Entscheidung über den Antrag gebührt dem Prozeßgerichte.

Für den Antrag auf die Beistellung eines Armenvertreters im Nichtanwaltsprozesse gilt dasselbe.

Für den Antrag auf Bestimmung des örtlich zuständigen Gerichtes ist der oberste Gerichtshof zuständig (§ 28 J. N.); eine Ausnahme für die Aufnahme des Antrages siehe S. 176.

Der Vergleichsversuch vor der Klage gehört vor das für die Klage zuständige Bezirksgericht (§ 433 Z. P. O.), Gewerbegericht, Börsenschiedsgericht.

Beweissicherungen (S. 63 ff.) vor erhobener Klage gehören vor das Bezirksgericht des Ortes der örtlich leichtesten Beweisaufnahme, also jenes Ortes, an dem die Augenscheinsobjekte oder die Gegenstände des Sachverständigenbeweises oder die zu vernehmenden Personen (diese ohne Rücksicht auf Wohnsitz oder sonstigen Aufenthalt) „sich befinden" (§ 384 Abs. 3 Z. P. O.).

IV. Der ersuchte Richter (siehe S. 214 ff.). Ersuchen um Rechtshilfe im Inlande können sich sowohl auf das Erkenntnis- als auch auf das Sicherungs- und das Exekutionsverfahren beziehen, und zwar — zum Unterschiede vom Verkehre mit dem Auslande (S. 245) — in den letztgenannten zwei Verfahren auch auf die Durchführung der (dem Exekutionsgerichte

oder Prozeßgerichte obliegenden) Exekution gegen den Verpflichteten. Die Ersuchen können sowohl von einem Prozeßgerichte erster Instanz als auch von einem Rechtsmittel- (oder Exekutions-) Gerichte ausgehen; im ersteren Falle spricht man technisch vom Ersuchen, wenn die Amtshandlung außerhalb des Sprengels des Prozeßgerichtes (§ 37 J. N.), von der Übertragung der Amtshandlung, wenn sie (was nur bei Gerichtshöfen zulässig ist) in seinem Sprengel vorzunehmen ist (§ 36 J. N.), vom Auftrage („Veranlassung"), wenn das Ersuchen von einem Rechtsmittelgerichte ausgeht (§§ 473, 509, 526 Z. P. O.). Doch ist die verschiedene Terminologie sachlich im wesentlichen irrelevant.

Das Ersuchen[5]) wird (in der Regel) vom Gerichte[6]) gestellt; bei Gerichtshöfen stellt es der Senat (§§ 36, 37 J. N.), da er das „Gericht" ist, der Vorsitzende nur bei Einholung von Auskünften (§ 37 Z. 8 G. O. G.) und bei Zustellungen einschließlich der Ladungen (§ 89 Abs. 2 Z. P. O.); die Parteien sind nicht berechtigt, Rechtshilfeersuchen zu stellen. Das Ersuchen richtet sich an ein Gericht oder an eine andere Behörde (siehe V); dieses Gericht heißt das ersuchte Gericht, üblicher, wenn auch ungenauerweise, der ersuchte Richter (§ 37 J. N.). Das Ersuchen hat folgende Erfordernisse: a) es muß von der befugten Stelle ausgehen, sei diese nun ein ordentliches oder ein Sondergericht (Art. XXII Einf. Ges. zur Z. P. O.; § 22 Gew. Ger. Ges.), ein Konsulargericht (§ 14 des Ges. vom 30. August 1891 Nr. 136), ein Schiedsrichter (§ 589 Z. P. O.), eine Verwaltungsbehörde; b) es muß die verlangte Amtshandlung bestimmt bezeichnen; c) diese Amtshandlung muß erlaubt und in hypothesi als ersuchte erlaubt sein;[7]) hieher gehört z. B. nicht das Verlangen nach der Beeidigung eines Achtjährigen oder nach Durchführung der Verhandlung; d) das ersuchte Gericht muß zuständig sein. Funktionell zuständig sind die Bezirksgerichte,[8]) nicht auch die Bezirksgerichte für Handelssachen,[9]) dies deshalb nicht, weil sie nach der freilich etwas schwankenden, aber doch in der Regel genau zwischen Bezirksgerichten und Bezirksgerichten für Handelssachen unterscheidenden Terminologie des Gesetzes unter „Bezirksgericht" nicht mitverstanden sind (siehe §§ 1, 2, 37, 52, 103 J. N.; § 17 E. O.), und weil § 52 J. N. taxativ ist; andere Gerichte als die Bezirksgerichte sind nur dann funktionell zuständig, wenn die betreffende Amtshandlung nur durch sie (z. B. das Grundbuchsgericht, das Oberstthofmarschallamt) vorgenommen werden darf. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich darnach, ob im Zeitpunkte des Einlangens des Ersuchens (§ 32 J. N.) die vorzunehmende Amtshandlung in den Sprengel des ersuchten Gerichtes

[5]) Siehe §§ 201, 202, 231 G. O.

[6]) Ausnahmen: Schiedsrichter, Steuerbehörden (§§ 46, 211 des Ges. vom 25. Oktober 1896 Nr. 220; Z. E. Nr. 396); dagegen nicht Notare als Gerichtskommissäre.

[7]) Ausdrücklich nur für Schiedsrichter und Schiedsgerichte normiert (§ 589 Z. P. O., Art. XIII Einf. Ges. zur J. N.), worin aber das Prinzip des Gesetzes zum Ausdrucke kommt; a. M. Horten S. 51.

[8]) Neumann, Komm. I. S. 1149; v. Fürstl III. S. 83; a. M. Horten S. 196.

[9]) Ausnahme: das Ersuchen um die Übersendung von Akten dieser Gerichte (siehe § 284 G. O.) und um Auskunftserteilung über sie.

fällt[10]) (§ 37 J. N.); e) es müssen die Voraussetzungen vorhanden sein, an welche das Gesetz die Zulässigkeit gerade des konkreten Ersuchens knüpft; es genügt z. B. nicht, daß Ersuchen um Zeugenvernehmungen zulässig sind (siehe c), sondern es müssen auch die zur Wahrung möglichster Unmittelbarkeit der Verhandlung[11]) erlassenen Voraussetzungen des § 328 Z. P. O. in concreto gegeben sein; f) die ersuchte Amtshandlung muß außerhalb, die übertragene innerhalb des Sprengels des ersuchenden Gerichtes vorzunehmen sein (§§ 36, 37 J. N.); bei aufgetragenen Amtshandlungen ist dies gleichgültig.

Das ersuchte Gericht muß das Ersuchen vollziehen, wenn die Erfordernisse a—d vorhanden sind; in eine Prüfung jener sub e und f darf es sich nicht einlassen (arg. § 37 J. N.; Art. XIII Einf. Ges. zur J. N.); so daß deren Wahrung lediglich dem Rechtsmittelzuge wider den Beschluß des ersuchenden Gerichtes vorbehalten ist; noch weniger darf das ersuchte Gericht die Zweckmäßigkeit des Ersuchens prüfen. Fehlt dagegen eines der Erfordernisse a—c, so ist das Ersuchen abzulehnen; fehlt die Zuständigkeit des ersuchten Gerichtes (d), so ist das Ersuchen an das zuständige Gericht weiterzugeben[12]) (§ 37 Abs. 3 J. N.; § 285 Abs. 2 Z. P. O.). Das Gesetz spricht das letztere freilich nur für die örtliche Zuständigkeit aus (§ 37 J. N.), so daß durch ein arg. e contrario die Meinung entstand, die funktionelle Zuständigkeit dürfe vom ersuchten Gerichte überhaupt nicht geprüft werden.[13]) Doch ist dieses arg. hier nicht zulässig,[14]) da das Gesetz hätte sagen müssen, das ersuchte Gericht dürfe „nur" seine örtliche Zuständigkeit prüfen, wenn es jene der funktionellen hätte ausschließen wollen.

Die beschränkte Prüfungsbefugnis des ersuchten Gerichtes beruht auf Gründen der Prozeßbeschleunigung. Aus denselben Gründen stellt das Gesetz dafür das ersuchte Gericht ziemlich selbständig bei der Durchführung des Ersuchens. Es gewährt ihm die Rechte des Vorsitzenden eines Senates[15]) (arg. §§ 100, 284 Z. P. O.), so daß es ohne eine Befragung des Prozeßgerichtes alle Entscheidungen fällen darf, welche der Vorsitzende fällen dürfte (vergl. §§ 279, 280, 283 Abs. 3, 303, 308, 326 Abs. 1, 333 Z. P. O.). Dagegen stehen dem ersuchten Gerichte die dem Senate vorbehaltenen Befugnisse nur dann zu, wenn sie ihm das Gesetz ausdrücklich zuweist; in der Regel muß er demnach hier die Entscheidung des Senates

[10]) Ausnahmen: bei der Übertragung von Amtshandlungen muß die Amtshandlung nur in den Sprengel des Prozeßgerichtes fallen (§ 36 J. N.), es sei denn, ihre Vornahme durch das ersuchte Gericht sei nach § 33 J. N. unzulässig.

[11]) Grundsatz: Ersuchen sind unzulässig, die das Gesetz nicht ausdrücklich zuläßt; siehe §§ 89, 276, 328, 368 Z. P. O.

[12]) „Abzulehnen" sagt § 37 J. N.; das „Weitergeben" folgt aus dem dem § 285 Z. P. O. zugrunde liegenden Prinzip; Horten S. 196.

[13]) Horten S. 195; im wesentlichen auch v. Fürstl III. S. 84.

[14]) Demelius S. 37; Neumann, Komm. I. S. 1149.

[15]) A. M. Horten S. 188; das Problem sei nicht einheitlich gelöst. Allein die zitierten Normen sind keine Ausnahmsbestimmungen, sondern der nur an zwei Stellen laut gewordene Ausdruck des Prinzipes.

einholen (§ 285 Z. P. O.). Solche Ausnahmsfälle, in denen der ersuchte Richter auch die Befugnisse des Senates hat, sind z. B. § 589 Z. P. O. (Ersuchen von Schiedsrichtern),[16]) § 324 Z. P. O. (Prüfung der Berechtigung einer Zeugnisverweigerung), §§ 333, 354 Z. P. O. (Ausspruch der Kostenersatzpflicht gegen den ausgebliebenen Zeugen und Sachverständigen), §§ 326, 354 Z. P. O. (Mutwillensstrafe[17]) gegen den erschienenen, das Zeugnis oder Gutachten mutwillig verweigernden Zeugen oder Sachverständigen), §§ 347, 365 Z. P. O. (Zeugen- und Sachverständigengebühren), § 352 Z. P. O. (nach Ermessen des Prozeßgerichtes die Festsetzung der Zahl und der Personen der beizuziehenden Sachverständigen), §§ 355, 357, 368 Z. P. O. u. s. f. Dagegen darf (und muß) beispielsweise der ersuchte Richter die Beeidigung eines Zeugen zwar ohne Anweisung im Ersuchen deshalb unterlassen, weil sie nach § 336 Abs. 1 Z. P. O. verboten ist (siehe b), aber nicht deshalb, weil die Parteien darauf verzichten (arg. verbis: „das Gericht" im § 336 Abs. 2 Z. P. O.).

Die vom ersuchten Richter vorgenommene Prozeßhandlung bildet einen Bestandteil des Verfahrens vor dem Prozeßgerichte; als solche ist sie vom Prozeßgerichte zu würdigen, und wenn sie nicht dem Ersuchen gemäß vorgenommen erscheint, hat das Gericht[18]) ihre Ergänzung zu verlangen; Streitigkeiten zwischen dem ersuchenden und dem ersuchten Gerichte, die hieraus oder aus anderen Gründen entstehen, entscheidet — eine ausdrückliche Norm fehlt — das beiden gemeinsam zunächst übergeordnete Gericht.[19])

V. Rechtshilfeersuchen an andere inländische Behörden als an die ordentlichen und Sondergerichte sind in Fällen nötig, in welchen eine Auskunft nur von einer solchen Behörde gegeben werden kann (z. B. Mitteilungen über den Inhalt von Matriken), oder in welchen das Gesetz die Gerichte an die Mitwirkung dieser Behörden verweist; solche Fälle enthalten bezüglich der Gemeinden die §§ 88 ff. Z. P. O., bezüglich der Militärbehörden die §§ 92, 202, 330 Z. P. O. (deren Differenzen wohl unabsichtliche sind),[20]) 331, 333 Z. P. O., §§ 26, 29, 363 E. O., § 202 Z. P. O., bezüglich der Gendarmerie und Sicherheitswache die §§ 92, 330, 333 Z. P. O., §§ 26, 29, 363 E. O. Es handelt sich hier um Zustellungen, Ordnungsstrafen und Exekutionsakte. Die Pflicht aller staatlichen Behörden zu den genannten Rechtshilfeakten beruht darauf, daß die Zivilprozeßgesetze auch für sie Gesetze sind; infolgedessen bedarf es nicht erst ihrer Zustimmung zur Gewährung der Rechtshilfe im

---

[16]) Arg. weil es hier kein Prozeßgericht gibt. Anders bei Börsenschiedsgerichten; Art. XIII. Einf. Ges. zur J. N.

[17]) Nicht auch die Kostenfolgen; § 326 Abs. 3 Z. P. O.

[18]) In den obgenannten Ausnahmsfällen der Vorsitzende.

[19]) Pfaff-Schey Nr. 524 (Versöhnungsversuche im Eheprozesse mit einem Ehegatten durch einen ersuchten Richter).

[20]) Ebenso § 342 G. O.; Schauer, Z. P. O. S. 390. Eine bestimmte Reihenfolge der anzurufenden Militärbehörden normiert das Gesetz nicht; a. M. § 143 G. O.

einzelnen Falle.[21]) Freilich fehlt es (wie übrigens auch gegenüber den ersuchten Gerichten) an einer Norm über die und somit auch an der Möglichkeit der Erzwingbarkeit der Rechtshilfe; doch ergibt es sich aus der Behördenorganisation, daß die Abhilfe bei der vorgesetzten der versagenden Behörde zu suchen ist.[22])

§ 69. Die Zuständigkeit im Rechtsmittelzuge.[1])

I. Trotz einer guten Einrichtung des Verfahrens und trotz guter Richter bleibt die Möglichkeit einer unrichtigen Rechtsprechung offen; ihr versucht man durch die Einrichtung des Rechtsmittelverfahrens abzuhelfen. Dasselbe dient dazu (je nach dem vom Gesetze gewählten Systeme), die gefällte Entscheidung oder den erhobenen Rechtsschutzanspruch neuerlich auf die Richtigkeit prüfen zu lassen und für diese neue Prüfung bessere Garantien der richtigen Entscheidung zu bieten als das erstemal. Diese besseren Garantien bestehen im ordentlichen Rechtsmittelverfahren, z. B. bei erhobener Berufung in der Verhandlung und Entscheidung vor einem höheren und besser besetzten Gerichte (siehe S. 212), im außerordentlichen Rechtsmittelverfahren, z. B. bei erhobener Wiederaufnahmsklage, in der Zulassung eines völlig neuen Erkenntnisverfahrens. Nur für das ordentliche Rechtsmittelverfahren spricht man von einem Rechtsmittelzuge (scil.) von einem zum anderen, vom niederen zum höheren Gerichte (sogenannter Devolutiveffekt dieser Rechtsmittel) oder von einem Instanzenzuge (§ 3 J. N.); das Wort Instanz bedeutet da bald das Gericht, welches entscheidet (§ 8 J. N.), bald die Stufenfolge des Rechts(mittel)zuges (§ 3 J. N.).

Ausgegangen ist der römische wie der germanische Prozeß vom System einer einzigen Instanz, somit von dem Ausschlusse eines Rechtsmittels und Rechtszuges in Zivilsachen. Allein dieses System konnte sich gegenüber entwickelteren, daher komplizierteren Rechts- und Wirtschaftsverhältnissen bei einem größeren Staatsumfange und der durch beide Umstände bewirkten Notwendigkeit einer Vermehrung der Richterstellen, damit auch einer Herabdrückung des Durchschnittsmaßes der Anforderungen an den einzelnen Richter, nicht erhalten; mit der wachsenden Möglichkeit von Fehlurteilen wuchs die Notwendigkeit einer Abhilfe durch Rechtsmittel und Rechtszug. Als derzeitiger Abschluß der entsprechenden Rechtsentwicklung besteht nun schon seit mehreren Jahrhunderten in den Ländern des gemeinen Rechtes ein Rechtsmittelzug in drei Instanzen, Stufen an Stelle der ursprünglich überall in einer, später in zwei Instanzen fungierenden Gerichte;[2]) so fungierte im Jahre 1510 in Niederösterreich die Regierung in Wien als zweite, der Hofrat als dritte Instanz, in Tirol die Kammer als zweite,

---

[21]) A. M. Horten S. 158.

[22]) Vergl. über das Problem R. Pollak, Exekution zivilgerichtlicher Befehle gegen den Staat (in Grünhuts Zeitschr. XXX. S. 374 ff.).

[1]) v. Schrutka, Rechtszug nach der neuen Jurisdiktionsnorm (Zeitschr. f. Not. 1898 Nr. 13).

[2]) Danz, Grundzüge des ordentl. Prozesses S. 589 ff.; Linde, Lehrbuch S. 99; Renaud S. 517, 565 ff.

die Regierung als dritte Instanz.[3]) Im einzelnen hat sich hier bis zur Errichtung der obersten Justizstelle im Jahre 1749 manches verschoben; aber am Systeme der drei Instanzen wurde festgehalten. Von 1749—1850 war diese oberste Justizstelle, seit 1850 ist der oberste Gerichtshof die dritte Instanz für das Reich; unter ihm fungierten die Oberlandesgerichte als zweite, die Landes-, Bezirksgerichte und Bagatellgerichte in Handelssachen als erste Instanz.

Dieses System der Oberlandesgerichte als alleiniger zweiter Instanz konnte sich nur aufrechterhalten, insolange vor den Oberlandesgerichten keine mündlichen Verhandlungen stattzufinden hatten; sobald diese durch die Zivilprozeßordnung eingeführt wurden, mußte darauf Bedacht genommen werden, daß dieser Gerichte zu wenige sind, um das Verhandlungsmateriale zu bewältigen, daß sie von den Parteien auch in der Regel zu weit entfernt sind, als daß diese sich persönlich an den Verhandlungen beteiligen könnten, und daß diesen Übelständen durch eine erhebliche Vermehrung der Oberlandesgerichte schon wegen des Mangels an hinreichend zahlreichen großen Städten nicht abgeholfen werden kann, in welche man neue Oberlandesgerichte verlegen könnte. Darum ordnete die Jurisdiktionsnorm im Anschlusse an die deutsche Zivilprozeßordnung und in Anlehnung an die österreichische Strafprozeßordnung den Instanzenzug derart, daß für die Einzelgerichte die „Gerichtshöfe erster Instanz", und zwar die Landesgerichte, Handelsgerichte, Handelssenate und Bergrechtssenate als zweite Instanz fungieren, für alle Gerichtshöfe erster Instanz die Oberlandesgerichte. Die um der Einheit der Rechtsprechung willen unentbehrliche einheitliche dritte Instanz blieb im obersten Gerichtshofe erhalten (§ 3 J. N.), nachdem man einige Zeit geschwankt hatte, ob man nicht zum Teile die dritte Instanz in die Oberlandesgerichte verlegen[4]) und hiedurch den obersten Gerichtshof vor der drohenden Überlastung schützen sollte; man kam davon schließlich mit Recht ab und suchte der Überlastung durch Beschränkungen des Rechtsmittelzuges zu steuern.[5])

Neben dieser Regelung des Instanzenzuges für die ordentlichen Gerichte bedurfte man auch einer solchen für die Sondergerichte. Ihre Notwendigkeit ist jungen Datums, da die älteren Sondergerichte (so das Obersthofmarschallamt, die Elbezollgerichte) sich dem normalen Instanzenzuge einfügten, die jüngeren dagegen nicht. Für diese jüngeren ist charakteristisch, daß sie nur einen abgekürzten Instanzenzug haben und hinsichtlich dessen Regelung den ordentlichen Einzelgerichten gleichgestellt werden, obwohl sie fast immer Kollegialgerichte sind.

II. Die folgende Darstellung umfaßt die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Rechtsmittelgerichte, da um des Zusammen-

---

[3]) v. Canstein, Lehrbuch (1. Aufl.) I. S. 89 ff.; v. Donim-Petrushevecz, Neuere österr. Rechtsgeschichte S. 3 ff.

[4]) Siehe Materialien I. S. 697 f.

[5]) Durch den fast vollständigen Ausschluß der Rekurse an den obersten Gerichtshof wider gleichlautende Beschlüsse der beiden unteren Instanzen und durch das Verbot der Revisionen in Bagatellsachen.

hanges willen die Darstellung der ersten zwei Zuständigkeitsgründe bisher aufgespart wurde.

III. Der einzige örtliche Zuständigkeitsgrund ist der Sitz des Prozeßgerichtes erster Instanz, mag dieses ein ordentliches oder ein Sondergericht sein (§ 3 J. N.; Art. XXIII, XXV Einf. Ges. zur Z. P. O.; § 30 Gew. Ger. Ges.). Die Unzuständigkeit ist von Amts wegen wahrzunehmen und (wie die sachliche) nicht prorogierbar (§ 104 J. N.).

IV. Für die sachliche Zuständigkeit gelten folgende Regeln:

Für Beschlüsse und (nicht weiter bezeichnete) Urteile der Bezirksgerichte sind die Landesgerichte das Rechtsmittelgericht zweiter Instanz (§ 3 J. N.). Für die Bezirksgerichte für Handelssachen[6]) sind es die Handelsgerichte und -Senate; das Gesetz sagt dies zwar nirgends,[7]) allein es ergibt sich aus folgender Erwägung: die Bezirksgerichte für Handelssachen stehen zu den Handelsgerichten administrativ[8]) (§ 6 J. N.) und nach der Zuständigkeitsverteilung erster Instanz (§§ 51, 52 J. N.) in dem gleichen Verhältnisse, wie die Bezirksgerichte zu den Landesgerichten; jene haben eine sachliche Zuständigkeit nur in Prozessen, welche bei geringer Veränderung der Umstände ihnen die Zuständigkeit des Handelsgerichtes und damit die Zuziehung eines Laienrichters verschafft hätten; alles das rechtfertigt die oben vorgenommene analoge Anwendung des § 3 J. N. Für den Rechtsmittelzug für jene Urteile[9]) der Bezirksgerichte, welche in ihrer schriftlichen Ausfertigung den Beisatz[10]) enthalten: „in Ausübung der Handels- (See-, Berg-) Gerichtsbarkeit gefällt", endlich geht der Rechtszug[11]) nicht an die Landes-, sondern an die Handelsgerichte, -Senate oder an die Bergrechtssenate (§ 3 J. N.), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob dieser Beisatz mit Recht oder ohne Grund im Urteile erscheint[12]) (§ 446 Z. P. O.). Dieser Beisatz ist in das Urteil aufzunehmen entweder auf den vor Schluß der Verhandlung[13]) gestellten, in der Sachlage begründeten Antrag einer Prozeßpartei (also weil es sich um einen Anspruch handelt, der z. B. vor ein Bezirksgericht

[6]) So die herrschende Lehre und Praxis; a. M. Sperl, Gerichtsstand der Vereinbarung S. 73; Horten S. 103 für die Beschlüsse derselben.

[7]) A. M. v. Winiwarter, J. N. S. 8; Horten S. 103, die im § 3 J. N. diese Norm finden. Vergl. übrigens 207 G. O.

[8]) Dieses Argument fiele bei den Handelssenaten freilich weg; derzeit ist das gleichgültig, da es nur in Wien, Prag und Triest Bezirksgerichte für Handelssachen gibt.

[9]) Bei Beschlüssen ist dieser Beisatz unzulässig; arg. § 3 J. N., § 446 Z. P. O. und ratione legis; vergl. Schanzer, Wohin geht der Rechtszug gegen die in Handelssachen gefaßten Beschlüsse der Bezirksgerichte (G. Z. 1897 S. 293).

[10]) Bei der Verkündung bedarf es dessen nicht (a. M. Pfaff-Schey Nr. 291); § 414 Z. P. O. verlangt nur jene der Sentenz und der wichtigsten Entscheidungsgründe.

[11]) Auf Grund der Berufung oder des Rekurses (§ 55 Z. P. O.), obwohl § 3 J. N., nur an den regelmäßigen Fall denkend, nur die Berufung nennt; Schauer, Z. P. O. S. 67; Neumann, Komm. I. S. 843; a. M. Horten S. 102; Schanzer a. a. O.

[12]) Er ist unzulässig und ratione legis wirkungslos an Orten, an denen es ein Bezirksgericht für Handelssachen gibt; Neumann, Komm. I. S. 841; Wachtel S. 405.

[13]) Pfaff-Schey Nr. 291.

für Handelssachen gehörte, wenn es ein solches am Prozeßorte gäbe) oder auf den Antrag beider Prozeßparteien ohne Rücksicht darauf, ob er in der Sachlage gerechtfertigt ist;[14]) dieses in der Theorie und Praxis noch angefochtene Resultat ergibt sich auf Grund der folgenden Erwägung: § 3 J. N. sagt allerdings, das Urteil solle ein „in Ausübung der Handels . . gerichtsbarkeit . . . gefälltes und dementsprechend bezeichnetes" sein; darnach müßte also diese Bezeichnung sowohl vorhanden als auch gerechtfertigt sein, um den veränderten Rechtszug zu begründen. Allein die §§ 446 Abs. 2, 487[15]) Z. P. O. verbieten jede Anfechtung des aufgenommenen Beisatzes oder der Ablehnung seiner Aufnahme in erster und in zweiter Instanz (in Form des Rekurses oder der Einrede der Unzuständigkeit); dadurch ist jenes Erfordernis des § 3 J. N. schon entwertet, welches verlangt, das Urteil müsse in Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit gefällt sein; das darf ja nicht überprüft werden. Hiezu kommt nun noch entscheidend, daß § 446 Abs. 1 Z. P. O. in freilich ungenauer Textierung[16]) verordnet, der übereinstimmende Parteienantrag führe unter Ausschluß der richterlichen Prüfung zur Aufnahme des Beisatzes; nimmt man nicht das als den Sinn an, so bleibt es rätselhaft, warum § 446 Z. P. O. überhaupt neben dem, der richterlichen Prüfung unterliegenden Antrag einer Partei dann noch den übereinstimmenden Antrag beider Parteien nennt: er hätte ja nicht mehr Wirkungen als jener einer Partei. Nach dieser Auflösung der Antinomie des Gesetzes ist es nun klar, daß es nicht darauf ankommt, ob das Urteil in Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit gefällt, sondern nur darauf, ob es derart bezeichnet war. Dieses Resultat empfiehlt sich übrigens um seiner Sinnfälligkeit für die Parteien und das Gericht willen und paßt in das System des Gesetzes, sachliche Zuständigkeitsstreitigkeiten möglichst abzuschneiden; eine Gefahr für die Rechtsprechung entsteht aus der vorgetragenen Lehre auch nicht, da das anzuwendende materielle Recht sich nicht mit der Zuständigkeit ändert und auch nicht abzusehen ist, was die Parteien veranlassen sollte, diesen Beisatz ungehörig, z. B. in Vaterschaftsprozessen übereinstimmend zu verlangen.

Für die Landes-, Handelsgerichte und -Senate und Bergrechtssenate sind die Oberlandesgerichte die zweite Instanz. Für die Oberlandesgerichte als erste Instanz ist der oberste Gerichtshof die zweite Instanz.

Die Elbezollgerichte teilen den Rechtszug der Bezirksgerichte, das Oberstthofmarschallamt jenen der Landesgerichte, die Gewerbe-

[14]) Sperl, Gerichtsstand der Vereinbarung S. 72; Horten S. 103; Demelius S. 604; a. M. Max Pollak in Grünhuts Zeitschr. XXV. S. 619; Neumann, Komm. I. S. 841 ff.

[15]) Diesen Paragraphen hat Katz, Das Zivilurteil S. 100 ff. irrig aufgefaßt. Wie Text Sperl a. a. O., der diesen Irrtum aufgedeckt hat; Demelius S. 647.

[16]) § 446 Z. P. O. enthält nämlich einen Widerspruch; er beginnt: „Ist das Urteil . . . in Ausübung dieser besonderen Gerichtsbarkeit gefällt," und fährt dann fort: „so ist ein dies ausdrückender Beisatz . . . aufzunehmen, wenn beide Parteien übereinkommen . . ."

gerichte jenen der Bezirksgerichte[17]) (§§ 30 ff. Gew. Ger. Ges.), die Börsenschiedsgerichte jenen der Bezirksgerichte für Handelssachen (Art. XXIII, XXV Einf. Ges. zur Z. P. O.). Gegen die Entscheidungen der Arbeiterversicherungsschiedsgerichte gibt es keinen Rechtszug (§ 28 der Vdg. vom 10. April 1889 Nr. 47; Gesetz vom 17. Jänner 1890 Nr. 14; Gesetz vom 17. September 1892 Nr. 178), ebensowenig gegen jene des Reichsgerichtes und des Patentgerichtshofes; vom Patentamte geht der Rechtszug an den Patentgerichtshof, vom Prisengerichte erster Instanz an das Prisenobergericht.

In dritter Instanz ist der oberste Gerichtshof sachlich wie örtlich ausschließlich für die ordentlichen wie für die Sondergerichte zuständig (§§ 3, 4 J. N.), wobei jedoch von den Sondergerichten nur das Obersthofmarschallamt und die Elbezollgerichte einen Rechtszug an die dritte Instanz kennen.

V. Die funktionelle Zuständigkeit. Das frühere österreichische Recht kannte einen Verkehr zwischen der Partei und dem Gerichte grundsätzlich nur durch das Gericht erster Instanz; bei diesem waren daher die Rechtsmittel und alle anderen Eingaben einzubringen, dieses nahm für die Rechtsmittelinstanz die Erhebungen vor und verständigte die Parteien von den Entscheidungen der höheren Instanzen. Diese höheren Instanzen waren infolgedessen auf die Rechtsprechung beschränkt. Dieser Standpunkt mußte in dem Augenblicke aufgegeben werden, als mündliche Verhandlungen vor den höheren Instanzen eingeführt wurden; denn es wäre widersinnig, den mündlichen Verkehr zwischen der höheren Instanz und der Partei unmittelbar, den schriftlichen aber nur mittelbar durch die erste pflegen zu lassen. Das Gesetz hat denn auch diese Konsequenz gezogen, obwohl das aus seinen einzelnen Normen ermittelt werden muß, da es an einer ausgesprochenen prinzipiellen Norm fehlt.

Die Berufung und der Rekurs gegen Entscheidungen des Prozeßgerichtes erster Instanz sowie die Mitteilung des Berufungsgegners sind beim Prozeßgerichte erster Instanz einzubringen (§§ 465, 469, 520 Z. P. O.); der Grund hiefür liegt in der Erwägung, daß dieses Gericht die Prozeßakten dem Rechtsmittel sofort anschließen kann, während sich das Rechtsmittelgericht dieselben erst beschaffen müßte. Von da an beginnt die funktionelle Zuständigkeit des Berufungs- (Rekurs-)[18]) Gerichtes, welches mit den Parteien den mündlichen Verkehr pflegt, an welches aber nun auch die Schriftsätze zu richten sind (arg. §§ 478, 492 Z. P. O.); nur jener, mit welchem auf die mündliche Berufungsverhandlung verzichtet wird, darf auch an das Prozeßgericht erster Instanz gerichtet werden (§ 492 Z. P. O.). Diese funktionelle Zuständigkeit endet mit der Ausfertigung der Endentscheidung. Ganz konsequenterweise hat das Berufungs-

[17]) § 30 Gew. Ger. Ges. sagt nicht ganz deutlich, als Rechtsmittelgericht fungiere der „Gerichtshof erster Instanz"; siehe auch § 84 E. O.

[18]) Das Berufungs- und Rekursgericht kann die nötigen Erhebungen selbst machen oder „veranlassen"; §§ 473, 526 Z. P. O., wenn und weil es zu keiner mündlichen Verhandlung kommt.

(Rekurs-) Gericht seine Entscheidungen und Verfügungen den Parteien selbst zuzustellen; hievon besteht nur für die Endentscheidung der zweiten Instanz eine Ausnahme dahin, daß deren schriftliche Ausfertigung zwar von der zweiten Instanz besorgt, den Parteien aber durch die erste zugestellt wird.[19]) Die Rechtsmittel gegen diese Endentscheidungen sind wieder beim Prozeßgerichte erster Instanz einzubringen (§§ 505, 528 Z. P. O.); Rechtsmittel gegen andere Entscheidungen der zweiten Instanz gibt es nicht (§ 519 Z. P. O.).

Die Revision, die Revisionsbeantwortung und der Rekurs an den obersten Gerichtshof sind gleichfalls beim Prozeßgerichte erster Instanz einzureichen[20]) (§§ 505, 508, 528 Z. P. O.); von da an beginnt die funktionelle Zuständigkeit des obersten Gerichtshofes und dauert bis zur Fällung seiner Endentscheidung über das Rechtsmittel, deren für die Parteien und das Prozeßgericht erster Instanz bestimmte Ausfertigung der oberste Gerichtshof selbst nicht vornimmt. Während der Dauer dieser funktionellen Zuständigkeit können Erhebungen nötig werden, um die Existenz eines Nichtigkeitsgrundes oder eines wesentlichen Verfahrensmangels festzustellen; mit diesen Erhebungen hat der oberste Gerichtshof einen ersuchten Richter zu betrauen, und zwar einen solchen erster Instanz, wenn der Mangel dort, einen der zweiten Instanz, wenn er da vorliegen soll[21]) (§ 509 Z. P. O.).

Mit dem Sicherungs- und Exekutionsverfahren erster Instanz sind die Rechtsmittelgerichte (außer als solche) nicht befaßt.

§ 70. Die Zuständigkeit im Exekutionsverfahren.[1])

I. Die Exekutionsordnung unterscheidet die Exekutionsbewilligung und den Exekutionsvollzug. Die erstere besteht je nach der Art des Exekutionsobjektes und jener der gewünschten Exekution in der Bewilligung der Pfändung, Zwangsversteigerung, Zwangsverwaltung, Zwangsverpachtung, der Abnahme von Objekten u. s. f. (S. 53 ff.); alles andere ist der Exekutionsvollzug.[2]) Gemäß dieser Zweiteilung unterscheidet die Exekutionsordnung ein die Exekution bewilligendes und ein Exekutionsgericht.[3]) Grundsätzlich steht jenem die Bewilligung des ersten Exekutionsschrittes,

[19]) Arg. §§ 507, 523 Z. P. O.: das Prozeßgericht könnte sonst nicht prüfen, ob die Revision oder der Rekurs an den obersten Gerichtshof rechtzeitig eingelegt sind.

[20]) Das durch Übernahme des § 532 (alte Zählung) der dtsch. Z. P. O. im § 520 Z. P. O. entstandene Redaktionsversehen ist allgemein als solches erkannt.

[21]) Arg. § 37 Abs. 2 J. N. („... die nur bei einem bestimmten Gerichtshofe vorgenommen werden können ...").

[1]) Neumann, E. O. S. 16 ff.; Komm. II. S. 44 ff.; 105 ff.; Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 10 ff.; Sperl in G. Z. 1900 Nr. 11; v. Schuster S. 640 ff.; Brügel in G. H. 1900 Nr. 36; Melzer in G. H. 1900 Nr. 18; Fellner-Ohmeyer Nr. 288, 289, 338, 750.

[2]) Die Bewilligung einer Zwangsversteigerung, Zwangsverwaltung, Zwangsverpachtung kann übrigens auch schon zum Exekutionsvollzuge gehören; diese Exekutionsschritte sind eben bald erste, bald spätere.

[3]) Neumann, Komm. II. S. 102 ff.

diesem dessen Vollzug sowie Bewilligung und Vollzug der folgenden zu. Doch laufen die Funktionen dieser Gerichte zwar in der Regel, aber doch nicht völlig gleich mit der Grenze zwischen der Exekutionsbewilligung und dem Exekutionsvollzuge; vielmehr steht dem die Exekution bewilligenden Gerichte außer ausschließend[4]) der Exekutionsbewilligung auch noch konkurrierend jene der Verwahrung (§ 259 E. O.), ferner ausschließend der Pfändungsvollzug bei gewissen Forderungen (§ 294 E. O.), und vor Beginn des Exekutionsvollzuges die Einstellung und Einschränkung der Exekution sowie die Entgegennahme von Anträgen auf den Verkauf und auf die Forderungsüberweisung zu, wenn sie gleichzeitig mit dem Pfändungsantrage gestellt werden (§§ 264, 303 E. O.), endlich konkurrierend mit dem Exekutionsgerichte die Entgegennahme der Erklärungen des Drittschuldners (§ 301 E. O.). Alles andere der Ausführung der Exekution, das heißt der Anordnung und Durchführung der Exekutionsmaßregeln einschließlich des Verteilungsverfahrens, also insbesondere die Bewilligung des Verkaufes und der Forderungsüberweisung, die Kostenzusprüche in diesen Stadien[5]) steht dem Exekutionsgerichte zu.

Grundsätzlich sind einander das bewilligende und das Exekutionsgericht gleichgestellt; keines darf daher dem anderen Aufträge geben, keines der Regel nach die Entscheidungen und das Verhalten des anderen prüfen und richtigstellen. Demgemäß steht denn auch dem Exekutionsgerichte (§§ 101, 134 E. O.) keine Überprüfung der Voraussetzungen der Exekutionsbewilligung oder der Gesetzmäßigkeit der Bewilligung als solcher zu (§ 17 E. O.). Dagegen muß es allerdings die gesetzliche Zulässigkeit des bewilligten Exekutionsmittels auf das betreffende Exekutionsobjekt (S. 20), jene einer Exekution auf das betreffende Objekt überhaupt (S. 40) und die Möglichkeit des konkreten Exekutionsvollzuges (§§ 101, 134 E. O.) selbständig prüfen und entscheiden, konsequenterweise unter Umständen den Vollzug der bewilligten Exekution von Amts wegen wegen Perplexität des Verfahrens, Unzulässigkeit oder Undurchführbarkeit der Exekution ablehnen.[6])

Nach dieser Abgrenzung der Funktionen ist nun zu ermitteln, welches Gericht zur Exekutionsbewilligung zuständig und welches das Exekutionsgericht ist.

II. Das zur Exekutionsbewilligung zuständige Gericht ist

[4]) Nur scheinbare Ausnahmen enthalten die §§ 138 (Schauer, E. O. S. 336), 201, 208 E. O., denn hier ging der Bewilligung eines anscheinend ersten Exekutionsschrittes durch das Exekutionsgericht stets schon eine Exekutionsbewilligung voran. Hat das Exekutionsgericht selbst den vollstreckbaren Beschluß erlassen, so kann man es schon gewiß nicht als Ausnahme bezeichnen (a. M. Neumann, E. O. S. 22), daß es selbst die Exekution bewilligt.

[5]) Pfaff-Schey Nr. 894.

[6]) Richtig Fellner-Ohmeyer Nr. 53 (und bezüglich der Gründe) 703. — Diese Ablehnung erfolgt nicht dem bewilligenden Gerichte gegenüber, dem das Exekutionsgericht keinen Bericht schuldet; das bewilligende Gericht darf daher gegen die Ablehnung auch keine Beschwerde erheben (siehe aber § 47 J. N.), sondern nur der betreibende Gläubiger.

in der Regel ein inländisches ordentliches Gericht (arg. § 4 Z. 6 E. O.); von den österreichischen Sondergerichten haben nur das Obersthofmarschallamt (Art. III Einf. Ges. zur J. N.) und die Elbezollgerichte vermöge ihrer organisatorischen Verbindung mit den ordentlichen Gerichten (ferner das Reichsgericht) die Funktionen eines die Exekution bewilligenden Gerichtes.[7])

a) Die Zuständigkeit richtet sich zunächst nach der Herkunft des Exekutionstitels. Rührt er von einem der genannten oder einem ihm im Instanzenzuge übergeordneten Gerichte her, so ist das betreffende Gericht erster Instanz das die Exekution bewilligende Gericht (§ 4 Z. 1—5 E. O.), womit die sehr verständige Norm des früheren österreichischen Rechtes aufrechterhalten ist.[8]) Handelt es sich um den Exekutionstitel des Art. 310 H. G. B., so ist zur Exekutionsbewilligung das Handelsgericht zuständig, in dessen Sprengel der betreibende Gläubiger seinen allgemeinen Gerichtsstand in Streitsachen hat (Art. XIII Z. 9 Einf. Ges. zur E. O.). Rührt der Exekutionstitel von einer anderen Behörde als einem der genannten Gerichte oder von einem öffentlichen Organe[9]) oder von einem Privaten her,[10]) so ist die allgemeine Norm unanwendbar; da spricht nun § 4 Z. 6 E. O. den guten, freilich nicht knapp ausgedrückten Gedanken aus, mit der Exekutionsbewilligung das Bezirksgericht des allgemeinen inländischen Gerichtsstandes des Verpflichteten und in dessen Ermanglung das dem Exekutionsvollzuge nächststehende Bezirksgericht zu betrauen (nach Art des Vermögensgerichtsstandes).

Nun ist aber diese Norm nicht nur durch die lex posterior des § 33 Gew. Ger. Ges. für gewerbegerichtliche Exekutionstitel und durch § 11 lit. c der Statuten (über das Hypothekengeschäft) der Österreichisch-ungarischen Bank (kais. Vdg. vom 21. September 1898 Nr. 176), sondern auch noch durch den § 88 Z. 1 E. O. für gewisse Grundbuchsakte selbst durchbrochen worden, so daß folgende Komplikation vorliegt: § 33 Gew. Ger. Ges. und der zitierte § 11 der Statuten gehen sowohl dem § 4 als dem § 88 E. O. voran, da sie für beide das spätere Gesetz sind. Der zitierte § 11 der Statuten nun macht das Landesgericht Wien zuständig. Der § 33 Gew. Ger. Ges. stellt in erster Linie als Zuständigkeits-

[7]) Für Gewerbegerichte siehe § 33 Gew. Ger. Ges.; für Patentgerichte § 86 Pat. Ges.; für Börsenschiedsgerichte Art. XIII Abs. 2 Einf. Ges. z. Z. P. O.; für Unfallversicherungsschiedsgerichte § 29 des Ges. vom 28. Dezember 1887 Nr. 1 ex 1888.

[8]) Grundsätzlich anders die dtsch. Z. P. O.: das Gericht (oder das Gesetz) spricht die Vollstreckbarkeit aus (§§ 706 ff. Z. P. O.); der Antrag („Auftrag") auf Vollstreckung geht an den Gerichtsvollzieher (§ 753 Z. P. O.).

[9]) Kundegraber, Zur Frage der Kompetenz bei Bewilligung der Exekution aus vollstreckbaren Notariatsakten (Zeitschr. f. Not. 1898 Nr. 12); Z. E. Nr. 313 (§ 3 Not. Odg. und § 88 E. O.); 474 (Mehrheit von Verpflichteten); Pfaff-Schey Nr. 854 (§ 3 Not. Odg. und § 320 E. O.).

[10]) Eine Ausnahme besteht trotz Art. XLIV Einf. Ges. zur Z. P. O. auch nicht für die Verkäufe nach den Art. 407 und 409 H. G. B.; denn Art. XLIV Einf. Ges. zur Z. P. O. denkt nach seinem Zusammenhange und seinem Zitate des § 384 Z. P. O. nur an die Beweissicherung des Art. 407 H. G. B.

grund wie § 4 Z. 6 E. O. den allgemeinen Gerichtsstand des Verpflichteten auf (derogiert also damit nur den § 88 E. O.), in zweiter Linie aber den Sitz des Gewerbegerichtes (womit er sowohl den § 4 E. O. als auch den § 88 E. O. abändert). Der § 88 Z. 1 E. O. wieder bestimmt für Pfandrechtseinverleibungen auf verbücherte Immobilien wegen Geldforderungen für den Fall des § 4 Z. 6 E. O.[11]) das Grundbuchsgericht als zuständig; damit ändert er als lex specialis den § 4 Z. 6 E. O. insoweit ab, als dieser den allgemeinen Gerichtsstand des Verpflichteten zum Zuständigkeitsgrunde erhebt. Dagegen bezieht jener sich nach seinem Wortlaute, nach dem Inhalte des Grundbuchsgesetzes und arg. §§ 98, 134 E. O. — zweckwidrigerweise — nicht auf die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung und ändert überdies die lex specialis des § 4 Z. 6 E. O., nämlich den Vermögensgerichtsstand nicht ab: denn dieser ist ihm gegenüber ebenso lex specialis, wie § 88 Z. 1 E. O. selbst gegen den ersten Satz des § 4 Z. 6 E. O. Überdies bekräftigt der letzte Absatz des § 4 E. O. die hier vorgetragene Auffassung durch die Worte: „sofern die Zuständigkeit im Sinne des vorstehenden Absatzes (Z. 6) durch die bücherliche Einlage bestimmt wird ....“; nur insofern sie also nicht durch diesen Absatz bestimmt wird, kann § 88 Z. 1 E. O. den § 4 Z. 6 E. O. abändern, und das ist nur insofern der Fall, als der allgemeine Gerichtsstand des Verpflichteten den Zuständigkeitsgrund bildet. Es ist nicht verwunderlich, daß diese sachlich kaum zu erklärenden Komplikationen der Literatur und Praxis Schwierigkeiten schaffen, die von der herrschenden Lehre[12]) dadurch beseitigt wurden, daß sie durch § 88 Z. 1 E. O. für Pfandrechtseinverleibungen auf verbücherte Immobilien den § 4 Z. 6 E. O. in toto als abgeändert erklärte. Die richtige, wenn auch leider komplizierte Auffassung ist die folgende:

Rührt der inländische Exekutionstitel nicht von einem ordentlichen inländischen Gerichte, dem Obersthofmarschallamte, Reichsgerichte oder einem Elbezollgerichte her und entstammt er nicht dem Art. 310 H. G. B. oder dem § 11 der zitierten Statuten, so ist das Bezirksgericht des allgemeinen inländischen — wohl durch Versehen fehlt dieses Wort im § 33 Gew. Ger. Ges. — Gerichtsstandes des Verpflichteten das zur Exekutionsbewilligung zuständige Gericht (§ 4 Z. 6 E. O.; § 33 Gew. Ger. Ges.), es handle sich denn bei den Exekutionstiteln anderer Behörden als der Gewerbegerichte um eine Pfandrechtseinverleibung auf verbücherte Immobilien[13]) wegen Geldforderungen (§ 88 Z. 1 E. O.; § 33 Gew. Ger. Ges.); da ist dann das Grundbuchsgericht

[11]) Vergl. Z. E. Nr. 313. — Der Fall des § 4 Z. 5 E. O. kann nicht vorkommen; darum ist er hier nicht relevant, obwohl § 88 Z. 1 E. O. nur den § 4 Z. 1—4 E. O. ausnimmt.

[12]) Schauer, E. O. S. 145; Neumann, E. O. S. 22 Anm. 3; v. Canstein S. 64 f.; Bartsch, Grundbuchsgesetz I. S. 38 f.; Petschek a. a. O. S. 10 Anm. 9; Z. E. Nr. 279.

[13]) Zweifelhaft liegt der Fall des § 320 E. O., der Exekution auf verbücherte Forderungen; doch wird man hier die Forderung als die Hauptsache anzusehen und darum § 4 E. O. und nicht § 88 E. O. anzuwenden haben; Pfaff-Schey Nr. 854.

zuständig. Fehlt dieser allgemeine inländische Gerichtsstand, so muß unterschieden werden, ob die Vollstreckung im Inlande oder im Auslande geschehen soll. Zwar fungiert in beiden Fällen ein Bezirksgericht als das die Exekution bewilligende Gericht. Aber im ersten Falle entscheidet (mit Ausnahme der Titel der Gewerbegerichte) örtlich nach dem Zeitpunkte des Exekutionsantrages (§ 29 J. N.) die Lage des Exekutionsobjektes[14]) und subsidiär der Ort, an dem die erste Exekutionshandlung tatsächlich vorzunehmen ist (§ 4 Z. 6 E. O.); im zweiten Falle dagegen entscheidet der Sitz der Behörde oder des Organes erster Instanz, von denen oder deren Vorgesetzten der Exekutionstitel herrührt (§ 5 E. O.).

b) Zur Exekutionsbewilligung auf Grund ausländischer Exekutionstitel dagegen sind in allen Fällen die Landesgerichte[15]) zuständig, womit der Schwierigkeit dieser Fälle dem früheren österreichischen Rechte entsprechend Rechnung getragen ist (§ 82 E. O.); dieser Norm muß wieder jene des § 88 Z. 1 E. O. weichen, da die des § 82 E. O. als die lex specialis gegenüber jener des § 88 Z. 1 E. O. gelten muß, obwohl das Gesetz sich hierüber nicht ausspricht. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem inländischen allgemeinen Gerichtsstande des Verpflichteten, in Ermanglung eines solchen nach der Lage der Exekutionsobjekte im Inlande, in Ermanglung auch dieses Anhaltspunktes nach dem Orte, wo im Inlande die erste Exekutionshandlung tatsächlich vorzunehmen ist (§ 82 E. O.). Der Fall, daß ein österreichisches Gericht auf Grund eines ausländischen Exekutionstitels eine im Auslande (etwa in einem dritten Staate) zu vollziehende Exekution zu bewilligen hätte, ist arg. §§ 4 Z. 6, 82 E. O. und nach den Normen über die Vollstreckung ausländischer Exekutionstitel ausgeschlossen.

Zuständigkeitsstreitigkeiten, welche darnach durch Entscheidungen mindestens zweier Gerichte entstehen, sind nach § 47 J. N. durch gerichtliche Zuständigkeitsbestimmung des nächsthöheren gemeinsamen übergeordneten Gerichtes zu entscheiden;[16]) siehe S. 283 f. Dagegen sind die §§ 45, 46 J. N. (siehe S. 280 ff.) hier unanwendbar, da dieselben zwar nicht nach ihrem Wortlaute, aber, wenn man sie in gänze liest (siehe § 46 Abs. 2 J. N.), nach ihrem Sinne nur für das Erkenntnisverfahren berechnet sind.

---

[14]) Forderungen liegen, wo der Drittschuldner im Inlande seinen Wohnsitz, Sitz oder Aufenthalt hat; in Ermanglung aller oder bei Unbekanntheit derselben, wo das inländische Pfand liegt (§ 4 Z. 6 E. O.); in Ermanglung eines solchen tritt dann der Gerichtsstand des Ortes der ersten Exekutionshandlung im Inlande ein (Fragenbeantwortung S. 98 f.; vergl. v. Schrutka, Freigebung II. S. 181 ff.; a. M. Petschek S. 13); fehlt auch dieser, so fehlt dieses subsidiäre inländische zur Exekutionsbewilligung zuständige Gericht (Petschek a. a. O.; a. M. Fragenbeantwortung ad § 25 E. O.). Liegt die Forderung im Auslande, so gilt § 5 E. O.; siehe aber die Ausführungen S. 243.

[15]) § 82 E. O. sagt: „Gerichtshof erster Instanz".

[16]) Z. E. Nr. 461.

III. Das Exekutionsgericht.

a) Die örtliche Zuständigkeit ist nach dem Grundgedanken geregelt, daß jenes Gericht einschreiten solle, in dessen Sprengel die erste Exekutionshandlung vorzunehmen ist. Dieser Gedanke ist folgendermaßen durchgeführt: bei verbücherten Immobilien und verbücherten Rechten an solchen entscheidet die Lage des Grundbuchsgerichtes (§ 18 E. O.); bei inländischen Patenten der Sitz des Patentamtes in Wien[17]) (§§ 23, 45 des Ges. vom 11. Jänner 1897 Nr. 30); bei nicht verbücherten Forderungen aller Art der allgemeine inländische Gerichtsstand des Verpflichteten, in dessen Ermanglung der inländische Wohnsitz, Sitz oder Aufenthalt des Drittschuldners, in dessen Ermanglung die Lage des inländischen Pfandes; in dessen Ermanglung der Ort, an dem die erste Exekutionshandlung tatsächlich vorzunehmen ist;[18]) bei Exekutionshandlungen gegen die Person des Verpflichteten der Ort zur Vornahme der ersten; bei allen anderen Exekutionsobjekten[19]) deren Lage beim Beginne des Exekutionsvollzuges (§ 18 E. O.). Dieser Zuständigkeitsgrund ist für jedes einzelne Exekutionsverfahren und Exekutionsobjekt festzustellen. Die Folge hievon könnte die Verhinderung des Beitrittsverfahrens und eine Häufung der Exekutionsverfahren desselben betreibenden Gläubigers wider denselben Verpflichteten sein.

Das erste Resultat muß unbedingt beseitigt werden; denn die Normen über den Beitritt sind dem Gesetze wichtiger als jene über die Zuständigkeit. Dennoch bedarf es nicht einer solchen Auslegung, daß in den Fällen des Beitrittes der Gerichtsstand des § 18 E. O. zu Gunsten des ersteinschreitenden Exekutionsgerichtes zessiert,[20]) und eine solche Auslegung würde auch wegen des § 51 E. O., § 477 Z. 3 Z. P. O. die Gültigkeit der Pfandrechte der (beitretenden) Gläubiger gefährden. Vielmehr reicht es zur Beseitigung der Antinomie des Gesetzes hin, Einschränkungen in der funktionellen Zuständigkeit (§ 17 E. O.) des zweiten zu Gunsten des ersten Exekutionsgerichtes anzunehmen: die erworbenen Exekutionsrechte, insbesondere Pfandrechte sind bei den mehreren Exekutionsgerichten gültig erworben; die Fortsetzung des späteren Exekutionsverfahrens aber geht an das erste Exekutionsgericht über (vergl. § 44 J. N.).

Auch die Häufung der Verfahren unter denselben Personen ist, wenn auch nicht in demselben Grade wie die vorerwähnte Antinomie, bedenklich. Um dieses Resultat vermeiden zu können, besteht denn auch ein eigener Gerichtsstand der Exekutionsvereinigung durch gerichtliche Bestimmung[21]) (§§ 21, 22 E. O.), der einen Fall des Gerichtsstandes

[17]) Z. E. Nr. 461; Adler in Grünhuts Zeitschr. XXVII. S. 674; Pisko in G. Z. 1898 S. 145.

[18]) A. M. Neumann, E. O. S. 24, der diesen — durch § 18 Z. 4 E. O. zitierten und möglichen — Zuständigkeitsgrund implicite ausschließt.

[19]) § 18 Z. 4 sagt zu enge: „Sachen"; vergl. § 341 E. O.; Em. Adler in Grünhuts Zeitschr. XXVII. S. 670; Z. E. Nr. 461; Fellner-Ohmeyer Nr. 674 (ausländische Patente).

[20]) So Menestrina, l'accessione S. 155.

[21]) Heller-Trenkwalder, E. O. S. 20; Z. E. Nr. 368; Neumann, Komm. II. S. 117 ff.

der Delegation (§ 66 III) bildet und in seinen Tendenzen dem forum connexitatis nahe steht; das Verfahren ist einfacher als jenes des § 31 J. N. Liegt nämlich die dargestellte Häufung von Exekutionsverfahren unter denselben Parteien vor, so darf auf Antrag einer Partei oder auf die Anzeige eines der beteiligten Gerichte das Oberlandesgericht, in dessen Sprengel alle Exekutionsgerichte liegen, eines derselben mit der Durchführung der Exekutionsverfahren[22]) betrauen, also für alle zuständig machen.[23]) Antrag und Anzeige hemmen das Verfahren nicht. Der Beschluß auf diesen Antrag ist unanfechtbar,[24]) soll jedoch dem Antrage oder der Anzeige nur Folge geben, wenn hiedurch voraussichtlich die Verfahren vereinfacht oder verbilligt werden oder der Exekutionserlös erhöht wird.[25]) Liegen die Gerichte in verschiedenen Oberlandesgerichtssprengeln, so ist der Antrag nur nach § 31 J. N. statthaft.[26])

Ein zweiter Fall der Zuständigkeitsbestimmung durch das Gericht liegt dann vor, wenn die Zuständigkeit mit Rücksicht auf die Grenzen der Gerichtssprengel ungewiß ist; da bestimmt das bewilligende Gericht unanfechtbar aus den in Betracht kommenden eines als das zuständige Gericht (§ 20 E. O.). Einen dritten Fall regelt für Zuständigkeitsstreitigkeiten § 47 J. N. (siehe oben II und Anm. 17).

b) Die sachliche Zuständigkeit steht den Bezirksgerichten zu (§ 17 E. O.); dadurch erscheint der Exekutionsvollzug beschleunigt und verbilligt. Befinden sich an einem Orte mehrere Bezirksgerichte, so darf die Regierung eines von ihnen zum Exekutionsgerichte des Ortes bestellen (§ 23 E. O.); hievon ist für Wien, Prag und Triest Gebrauch gemacht worden.[27]) Sonst wird bei Exekution auf ein verbüchertes Immobile oder verbüchertes Recht daran aus einer Mehrheit von Bezirksgerichten an einem Orte eines für den konkreten Fall vom bewilligenden Gerichte als Exekutionsgericht bestellt (§ 20 E. O.).

Ausnahmsweise fungieren Gerichtshöfe als Exekutionsgerichte, und zwar in folgenden Fällen: das Obersthofmarschallamt für die kaiserlichen Hofgebäude, die Wohnungen der Mitglieder des kaiserlichen Hauses und jene der Exterritorialen (§ 31 E. O.); die Gerichtshöfe erster Instanz, welche die Landtafel, das Berg- oder das Eisenbahnbuch führen, wenn die Exekution auf ein in eines dieser Bücher eingetragenes Immobile oder auf bücherliche Rechte hieran geführt wird (§ 19 E. O.); die Landesgerichte, welche das Grundbuch führen, wenn ein Pfandrecht an einer in demselben eingetragenen Liegenschaft oder an einem bücherlichen Rechte

[22]) Oder auch von Teilen derselben; § 21 E. O.

[23]) Hiedurch kann auch eine Verschiebung der sachlichen Zuständigkeitsgrenzen herbeigeführt werden.

[24]) Auch wenn er ablehnt; Z. E. Nr. 160; Neumann, Komm. II. S. 118.

[25]) § 22 E. O. wiederholt den § 21 E. O. und gestattet überdies die Vereinigung mehrerer bei demselben Gerichte auf verschiedene Liegenschaften geführten Exekutionen. Vergl. Z. E. Nr. 368.

[26]) Materialien I. S. 475; Neumann, Komm. II. S. 118 f.

[27]) Vdg. vom 24. Juni 1897 Nr. 157, deren § 9 („den Bezirksgerichten für Handels- und Seesachen kommt eine Beteiligung am Exekutionsvollzuge nicht zu") übrigens wegen der §§ 294, 301 E. O. zu weit gefaßt ist.

daran erworben werden soll. Das letzte ergibt sich aus § 88 Abs. 2 E. O. („für die Bewilligung und den Vollzug der Einverleibung . . .“) und aus der Erwägung, daß sonst bisweilen, nämlich bei Exekutionstiteln nach § 4 Z. 6 E. O., das Landesgericht die Pfandrechtseinverleibung bewilligen, um den Vollzug das Bezirksgericht an seinem Sitze ersuchen müßte, und daß dieses dann um den Vollzug wieder das Landesgericht ersuchen müßte.

Auch hier findet auf Zuständigkeitsstreitigkeiten § 47 J. N. Anwendung.

c) Die funktionelle Zuständigkeit des Exekutionsgerichtes beginnt mit dem Beginne des Exekutionsvollzuges (§ 33 E. O.)[28]) und dauert bis zur völligen Beendigung der Exekution, sei es durch ihre Durchführung einschließlich des etwaigen Verteilungsverfahrens, sei es durch ihre Einstellung. Während dieser Zeit nehmen die Exekutionsgerichte die Amtshandlungen in ihrem Sprengel (siehe auch § 33 J. N.) selbst vor. Nur die Gerichtshöfe erster Instanz, welche eines der sub b genannten Bücher führen, müssen den Vollzug aller „Realakte“ in Eisenbahn- und Bergrechtssachen[29]) dem örtlich zuständigen Bezirksgerichte, in Sachen landtäflicher Güter dem örtlich zuständigen Landesgerichte (§ 117 J. N.) und dürfen den Vollzug aller anderen Amtshandlungen einzeln oder in Teilen jenem Gerichtshofe übertragen, in dessen Sprengel das Immobile ganz oder teilweise liegt (§ 19 E. O.).[30]) Die ratio legis ist hier in der Tatsache zu suchen, daß diese Bücher die Immobilien weit mehr als des Sprengels jenes Gerichtshofes umfassen, welcher das Buch führt; durch diese übergroßen, häufig ein Kronland umfassenden Sprengel würde der Exekutionsvollzug ohne die Normen der §§ 117 J. N., 19 E. O. oft erschwert.

IV. Die sub II und III genannten Zuständigkeitsgründe entziehen sich der Prorogation.

§ 71. Die Zuständigkeit im Sicherungsverfahren.[1])

Der Anspruch auf Beweissicherung gehört vor das Prozeßgericht erster Instanz. Fehlt ein solches (noch) oder ist die Beweissicherung dringend, so ist sachlich das Bezirksgericht (nicht auch jenes für Handelssachen; siehe S. 264 ff.) zuständig, örtlich jenes Gericht, in dessen Sprengel sich die Beweisobjekte oder die zu vernehmenden Personen befinden (§ 384 Z. P. O.).

Der Anspruch auf die pfandweise Beschreibung gehört vor das Gericht der Bestandzinsklage; siehe S. 65, 261 f.

---

[28]) Ausnahmen siehe sub I.

[29]) A. M. Schneider in G. Z. 1901 S. 287 f. in irriger Auslegung des Art. XVII Einf. Ges. zur J. N., der nur von der Zuständigkeit zur Führung der Bücher, nicht von jener zur Vornahme der Realakte spricht.

[30]) § 117 J. N. und § 19 E. O. entsprechen einander nicht völlig und müssen darum, wie im Texte geschehen, vereinigt werden.

[1]) Siehe § 9.

Der Anspruch auf die Urkundenerneuerung (siehe S. 66) gehört in Ermanglung einer Spezialnorm örtlich vor den allgemeinen Gerichtsstand des Ausstellers, sachlich nach Analogie des § 115 Abs. 4 J. N. vor das Bezirksgericht.

Der Anspruch auf die Bewilligung einstweiliger Verfügungen gehört vor das Prozeßgericht erster Instanz, wenn ein Erkenntnisverfahren im Zuge ist; ist ein Exekutionsverfahren im Zuge, so ist das die Exekution bewilligende oder das Exekutionsgericht für ihn zuständig, je nachdem das Exekutionsverfahren vor oder nach dem Beginne des Exekutionsvollzuges steht[2]) (§ 387 Abs. 1 E. O.). Außerhalb dieser Zeiträume ist sachlich das Bezirksgericht zuständig; örtlich gehört der Anspruch vor jenes Gericht, vor welchem die gefährdete Partei ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, subsidiär (wenn dieser allgemeine Gerichtsstand im Inlande fehlt) vor jenes der Lage der zu sichernden Sache[3]) und bei Forderungen vor das des Wohnsitzes, Sitzes oder Aufenthaltes des Drittschuldners; fehlt auch diese örtliche Beziehung, so ist jenes Gericht örtlich zuständig, in dessen Sprengel die zur Sicherung dienende Handlung vorzunehmen ist (§ 387 Abs. 2 E. O.). Das bewilligende Gericht ist auch das Vollzugsgericht (§ 387 Abs. 1 E. O.), so daß hier aus naheliegenden Gründen die Trennung des bewilligenden vom vollziehenden Gerichte aufgegeben ist[4]) (Ausnahme: § 401 E. O.). Das bewilligende Gericht ist aber auch das aufhebende, es sei denn inzwischen ein Erkenntnisverfahren anhängig gemacht und noch im Zuge; dann ist das Prozeßgericht erster Instanz sachlich und örtlich für Aufhebungs-Antrag und -Verfahren zuständig (§ 399 E. O.).

Der Anspruch auf die Exekution zur Sicherstellung wird gleich jenem auf die Exekution behandelt (§ 375 E. O.).

Die hier genannten Zuständigkeitsgründe entziehen sich der Prorogation.

V. Die Feststellung der Zuständigkeit.

§ 72. Die Ermittlung derselben durch den Antragsteller.

Derjenige, welcher einen Rechtsschutzanspruch geltend macht, muß ihn vor einem bestimmten Gerichte erheben. Für dieses Gericht müssen die Zuständigkeitsgründe vorhanden, es muß für den konkreten Rechtsschutzanspruch zuständig sein. Es ist Sache des Rechtsschutzwerbers selbst, zu ermitteln, welches Gericht in concreto für seinen Anspruch zuständig sei. Zu diesem Zwecke muß er sich den Tatbestand klarstellen, an welchen das Gesetz einen Zuständigkeitsgrund knüpft, und muß dann diesen Tatbestand unter einen solchen subsumieren. Dabei kann es sich ergeben, daß der ermittelte Tatbestand unter keinen Zuständigkeitsgrund paßt.

---

[2]) Vergl. Pfaff-Schey Nr. 747 (nicht zu billigen, da es sich um die Sicherung eines im Auslande erhobenen Rechtsschutzanspruches handelte; siehe S. 69).

[3]) Hiezu sind auch die im § 296 E. O. genannten Papierforderungen zu rechnen.

[4]) Dagegen nicht jene vom ersuchenden und ersuchten Gerichte; Schauer, E. O. S. 660 f.

Dann fehlt entweder die österreichische Zuständigkeit, so daß der Rechtsschutzanspruch in Österreich nicht geltend gemacht werden kann, oder es ist die Tatbestandsermittlung noch unvollständig. Der klargestellte Sachverhalt kann aber auch nicht bloß auf einen, sondern auf mehrere Zuständigkeitsgründe passen. So kann z. B. neben dem Gerichtsstande des § 88 J. N. jener des § 97 J. N. begründet sein; oder es hat ein Kläger die Wahl zwischen den mehreren Bezirksgerichten an einem Orte, weil der ermittelte Tatbestand die Zuständigkeit eines dieser Bezirksgerichte begründet, ohne daß der Beklagte an diesem Orte wohnt oder sich aufhält (§ 103 J. N.). Paßt der Tatbestand auf mehrere Zuständigkeitsgründe, so darf doch in concreto stets nur ein Gericht in Anspruch genommen werden (§ 233 Z. P. O.); der Rechtsschutzwerber muß sich zwischen den mehreren entscheiden. Er konsumiert sein Wahlrecht jedoch nicht schon durch die Erhebung des Rechtsschutzanspruches, sondern erst durch die Zustellung oder Durchführung der ersten gerichtlichen Verfügung oder Entscheidung an seinen Gegner; § 102 J. N. sagt dies zwar nur für die Klage, aber ex ratione legis muß dies nicht nur für die Feststellungs-, sondern auch für die Sicherungs- und Exekutionsanträge gelten,[1]) da dem § 102 J. N. nicht die Rücksicht auf das Gericht, sondern jene auf den Gegner zugrunde liegt. Das konsumierte Wahlrecht entsteht andererseits bei einer Klagrücknahme nicht wieder,[2]) da anderenfalls der zweite Satz des § 102 J. N. keine Bedeutung hätte; eine Ausdehnung dieses Satzes auf die Feststellungs-, Sicherungs- und Exekutionsanträge ist jedoch abzulehnen.

Der Kläger muß die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes, der Sicherungswerber jene des zur Bewilligung zuständigen Gerichtes, der betreibende Gläubiger (auch wenn er nur zur Sicherstellung betreibt) jene des zur Exekutionsbewilligung zuständigen, aber auch jene des Exekutionsgerichtes[3]) klarlegen (§ 54 E. O.). a) Irrt er hiebei in der Rechtsfrage, so korrigiert dies das Gericht, im Erkenntnisverfahren erster Instanz[4]) durch die Klagabweisung a limine iudicii, im Sicherungs- und Exekutionsverfahren durch die Abtretung des Antrages oder der Bewilligung an das zuständige Gericht (§ 44 J. N.). Zwar ist dies letztere bestritten worden,[5]) weil nach § 47 E. O. der Mangel des Exekutionsobjektes im Gerichtssprengel die Zuständigkeit des einmal als solches angerufenen Exekutionsgerichtes nicht ausschließe; allein § 47 E. O. geht von der Voraussetzung aus, es sei das richtige Exekutionsgericht angerufen, aber es seien keine Exekutionsobjekte gefunden worden, während § 44 J. N. an den Fall denkt, diese Objekte seien nicht hier gefunden worden. b) Reichen die Angaben des Rechts-

---

[1]) v. Fürstl II. S. 33; a. M. Neumann, E. O. S. 23: die Konsumtion trete mit der Erlassung der Exekutionsbewilligung ein; Schauer, E. O. S. 148; v. Czoernig S. 10: die Konsumtion trete mit der Antragstellung ein.

[2]) A. M. Demelius S. 115 (welcher allerdings annimmt, die Streithängigkeit beende die Befugnis zur Klagrücknahme); Neumann, Komm. I. S. 1238.

[3]) Wenn möglich; § 69 E. O.

[4]) Über die zweite Instanz siehe § 475 Z. P. O.

[5]) Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 16.

schutzwerbers über den Zuständigkeitsgrund in tatsächlicher Beziehung nicht aus, um zu einer Entscheidung des Gerichtes zu führen, so muß zunächst vom Rechtsschutzwerber der Tatbestand, und zwar selbsttätig ergänzt werden[6]) (§ 84 Z. P. O.), und es ist bis zur Durchführung dieser Ergänzung die Entscheidung darüber auszusetzen, ob das Gericht das Verfahren einleiten solle; solche Unvollständigkeiten kommen häufig in der Form vor, daß an Stelle eines konkreten, individualisierten Tatbestandes nur die gesetzliche Definition desselben angeführt wird: der Kläger sagt z. B., der Beklagte habe Vermögen im Gerichtssprengel, bezeichnet es aber nicht. c) Ist die Tatbestandsermittlung oder Angabe unrichtig, so geht dies im Erkenntnisverfahren auf die Gefahr des Klägers (siehe § 75). Im Sicherungs- und Exekutionsverfahren aber liegt die Sache etwas anders. Ist da das bewilligende Gericht verfehlt, das richtige aber aus den Vorlagen, z. B. den Akten ersichtlich, so ist der Antrag an das richtige abzutreten (§ 44 J. N.); und wenn die Angabe des Vollzugsgerichtes irrig ist, ist ebenso vorzugehen. Fehlt diese aber ganz, weil es nach der Behauptung[7]) des Antragstellers ihm noch nicht bekannt ist, so ist ihm die Sicherung oder Exekution ohne Benennung des Sicherungs-, Exekutionsgerichtes zu bewilligen[8]) (§ 69 E. O.; sogenannte „fliegende Exekution").

§ 73. Feststellung durch das Gericht.

I. Für sie ist es gleichgültig, ob der erhobene Anspruch besteht, wichtig ist nur, ob er erhoben ist;[1]) für diesen letzteren ist die Zuständigkeit zu ermitteln. Der hiefür entscheidende Zeitpunkt ist die Anhängigkeit der Sache (§ 29 J. N.), also der Moment der Erhebung der Klage, des Feststellungs-, Sicherungs-, Exekutionsantrages, des Einlangens der Exekutionsbewilligung beim Exekutionsgerichte. Ist die Zuständigkeit in diesem Momente begründet, so bleibt sie es, auch wenn der für sie maßgebende Tatbestand in der Folge sich ändert, z. B. infolge einer Veränderung des Gerichtssprengels, des Wohnsitzes des Beklagten u. dergl.;

---

[6]) Gegen diesen gerichtlichen Auftrag kein abgesondertes Rechtsmittel (§ 85 Z. P. O.).

[7]) Trotz § 55 E. O. ist kein Beweis hiefür vom Antragsteller zu fordern; überzeugend Petschek a. a. O. S. 31 f.; siehe auch oben S. 19 Anm. 5.

[8]) Ihre Vornahme erfolgt dann als Ausnahme vom § 16 E. O. auf Anmelden.

[1]) Sp. in G. Z. 1901 S. 203; Langheineken, Urteilsanspruch S. 66 ff.; unrichtig die von Sp. a. a. O. zitierte Entsch. des o. G. H. vom 20. März 1900; unrichtig auch Z. E. Nr. 389 (Kläger beanspruchte 676 fl. vor dem Gerichtshofe, der Beklagte wendete die sachliche Unzuständigkeit ein, weil er vor der Klage hievon 200 fl. gezahlt hatte; der oberste Gerichtshof gab der Einrede statt, da „festgestellt [sei], daß der Anspruch des Klägers zur Zeit der Klaganstrengung weniger als 500 fl. betrug". Wäre dieser Grund richtig, so könnte man sich eine Abweisung des Begehrens kaum mehr denken: erweist sich ein Anspruch als unbegründet, dann wäre ja das Gericht für ihn nicht zuständig gewesen und müßte sich also nun als unzuständig erklären; wenigstens dann müßte das zutreffen, wenn der Beklagte die Unzuständigkeit rechtzeitig geltend machte); zweifelhaft Z. E. Nr. 425.

nur wenn der Anspruch der österreichischen Gerichtsbarkeit, dem Rechtswege oder dem Rechtswege vor den ordentlichen Gerichten (falls er vor ihnen anhängig war) im Laufe des Verfahrens entzogen wird, hört die begründete Zuständigkeit auf (§ 29 J. N.), ferner in den Fällen der §§ 60 J. N. (S. 278) und 7 K. O. (S. 269). Irrelevant ist demnach für die Zuständigkeit der Zeitpunkt der Streithängigkeit (§ 232 Z. P. O.). Daß das Gesetz diesen scharfen Unterschied zwischen der Anhängigkeit einer Sache und ihrer Streithängigkeit macht, ergibt sich daraus, daß die Streitbewertung nach dem „Zeitpunkte der Anbringung der Klage" erfolgt (§ 54 J. N.), und daß das Gericht zur Prüfung seiner Zuständigkeit angewiesen ist, bevor es die Entscheidung oder Verfügung erläßt und somit bevor es sie dem Prozeßgegner zustellt (§ 41 J. N.); da kann es aber die zukünftige Gestaltung der Dinge im Zeitpunkte dieser Zustellung gar nicht ermessen. Der genaue Unterschied ist auch sachlich begründet, da der Anspruchswerber den zuständigkeitsbegründenden Tatbestand nur für den Zeitpunkt der Antragstellung, nicht für jenen der Zustellung zu ermitteln vermag.

Diese Zuständigkeit ist vom Gerichte zu prüfen. Damit ist ein Problem von erheblicher Bedeutung aufgerollt. Je mehr Bedeutung ein Zivilprozeßrecht dieser Prüfung und ihrem richtigen Ergebnisse beimißt, desto logischer geht es allerdings vor; denn ein Gericht muß zuständig sein, um den Rechtsschutzanspruch befriedigen zu dürfen. Allein diese Logik wird damit teuer bezahlt, daß ein solches Recht der Prozeßschikane ein großes Gebiet eröffnet, und daß es die Arbeitsverschwendung fördert. Das österreichische Recht ist darum auch diesen logischen Weg nicht gegangen; wie es die Beobachtung der Zuständigkeitsgrenzen erheblich vernachlässigt, so auch die Prüfung der Zuständigkeit überhaupt. Zwar kennt es, dem seit 1789 bestehenden Rechtszustande entsprechend, eine Prüfung der Zuständigkeit von Amts wegen vor der Einleitung des Verfahrens, ja es hat dieselbe der Jurisdiktionsnorm von 1852 gegenüber noch etwas verstärkt; aber nach diesem Zeitpunkte sinkt für das Gesetz die Bedeutung der Zuständigkeitsfrage desto mehr, je weiter das Verfahren vorwärts geschritten ist.

II. Prüfung der Zuständigkeit von Amts wegen vor Einleitung des Verfahrens.

a) Handelt es sich um die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes erster Instanz oder um die Bewilligung eines Sicherungs- oder Exekutionsmittels, so erfolgt eine Zuständigkeitsprüfung von Amts wegen gleich beim ersten Antrage (der Klage, dem Feststellungs-, Sicherungs-, Exekutionsbewilligungsantrage). Die Tatfrage prüft dabei das Gericht nach den Behauptungen des Antragstellers, insoweit sie dem Gerichte nicht „als unrichtig bekannt" sind (§ 41 J. N.), z. B. aus den Akten desselben Verfahrens oder aus den Beilagen der Klage; eine Beweisaufnahme zur Prüfung der Tatbestandsbehauptungen des Antragstellers darf nur bei Klagen mit einer Streitbewertung erfolgen, welche „übermäßig hoch" ist (§§ 41, 60 J. N.; siehe S. 278). Die Rechtsfrage wird stets vollständig geprüft und es

darf ihre Entscheidung auch in zweifelhaften Fällen nicht einer mündlichen Verhandlung vorbehalten bleiben (§ 41 J. N.), wie dies die Praxis des früheren Rechtes gerne tat. Ergibt diese Prüfung der Rechts- und Tatfrage die Gerichtszuständigkeit, so wird sie — wegen der mangelhaften Tatbestandsprüfung — zwar nicht bejaht (so daß das Gericht an seine hiebei gewonnene Anschauung bei einer neu vorzunehmenden Prüfung nicht gebunden ist), wohl aber wird nun der Antrag meritorisch geprüft, das Verfahren eingeleitet (§§ 130, 552 Z. P. O.; § 78 E. O.). Ergibt sie jedoch die Verneinung der Zuständigkeit, so wird die Einleitung des Verfahrens auf die Klage vom Gerichte (nicht vom Vorsitzenden; § 230 Z. P. O.) abgelehnt (§ 43 J. N.; siehe S. 279 ff.), der Antrag auf Sicherung oder Exekution aber (bei dem nach der Situation das richtige zuständige Gericht kaum zweifelhaft sein kann) wenn möglich an das zuständige Gericht abgetreten[2]) (§ 44 J. N.). Ist das Gericht nur für einen oder einzelne der in einem Parteiakte geltend gemachten Urteils-, Sicherungs-, Vollstreckungsansprüche unzuständig, so ist der Parteiantrag nicht, wie es die frühere Praxis stets tat, ad seperandum zu verweisen;[3]) auch darf sich das Gericht nicht in toto als unzuständig erklären,[4]) sondern seine Unzuständigkeitserklärung (Abtretungserklärung) hat sich auf die an unrechter Gerichtsstelle erhobenen Ansprüche zu beschränken; für die übrigen ist das Verfahren einzuleiten.

Als Regel gilt, daß das seine Unzuständigkeit aussprechende Gericht nicht das zuständige entscheidend ermittelt; hievon besteht eine Ausnahme im Verhältnisse der ordentlichen zu den Gewerbegerichten (§ 24 Gew. Ger. Ges.; siehe oben S. 281).

b) Handelt es sich um die Zuständigkeit des Rechtsmittelgerichtes, so ist die Zuständigkeit von demselben beim Einlangen des Rechtsmittels von Amts wegen zu prüfen (§ 471 Z. P. O.), und zwar nicht bloß die Rechts-, sondern auch die Tatfrage nicht auf Grund von Behauptungen, sondern, wie es in diesem Stadium schon möglich ist, auf Grund der Prozeßakten vollständig. Ergibt die Prüfung die Verneinung der Zuständigkeit, so hat das Berufungsgericht seine Unzuständigkeit auszusprechen und die Rechtssache an das (hinsichtlich seiner Unzuständigkeit und der örtlichen und funktionellen Zuständigkeit des zweiten) bindend (§§ 487, 499 Z. P. O.) als zuständig ermittelte Berufungsgericht abzutreten (§ 474 Z. P. O.). Ergibt die Prüfung die Bejahung, so wird das Berufungsverfahren fortgesetzt.

c) Handelt es sich um die Zuständigkeit des die Exekution oder die einstweilige Verfügung bewilligenden oder des Exekutionsgerichtes, so ist sie von Amts wegen meritorisch zu prüfen, und es ist bei verneinter Zuständigkeit dies (nicht für das zweite Gericht bindend) auszusprechen und die Rechtssache an das als zuständig ermittelte Gericht abzutreten (§ 44 J. N.).

[2]) Gilt nicht für die aus Anlaß des Exekutionsverfahrens entstehenden Prozesse; Pfaff-Schey Nr. 1040.

[3]) Ausnahme: § 84 Z. P. O.

[4]) A. M. Pfaff-Schey Nr. 1180.

III. Prüfung der Zuständigkeit von Amts wegen während des Verfahrens. Die ganze in Deutschland unbekannte (siehe § 535 dtsch. Z. P. O.) Einrichtung der Zuständigkeitsprüfung von Amts wegen vor Einleitung des Verfahrens hat sich in Österreich sehr bewährt, da sie die Einleitung vieler Verfahren vor dem unzuständigen Gerichte erspart. Dieser Vorteil hat mit der geschehenen Verfahrenseinleitung, Antragsbewilligung sein Ende. Darum endet damit auch diese Prüfung der Zuständigkeit von Amts wegen; in der Regel wird die Geltendmachung der Unzuständigkeit nun der Partei, und zwar ausschließlich dem Angegriffenen, z. B. dem Beklagten überlassen. Das Interesse des Gesetzes an der Aufrechthaltung seiner Zuständigkeitsordnung ist nicht stark genug, um eine etwa jetzt erkannte Unzuständigkeit von Amts wegen aufgreifen zu lassen. Diese Regel erleidet jedoch für den Fall eine Ausnahme, daß es sich um eine Unzuständigkeit handelt, welche durch eine Parteienvereinbarung nicht beseitigt werden kann (§§ 104, 43 J. N.; § 240 Z. P. O.; § 51 E. O.); handelt es sich bloß um eine ausschließliche Zuständigkeit, so hat diese Ausnahme nicht statt[5]) (siehe S. 293).

Vom Prozeßgerichte erster Instanz ist eine solche unprorogierbare Unzuständigkeit während seines ganzen Erkenntnisverfahrens von Amts wegen festzustellen, und zwar nicht nach den Klagbehauptungen, sondern nach dem von Amts wegen ermittelten Sachverhalte (§ 43 J. N.; § 240 Z. P. O.); das Ergebnis der Feststellung dieser Unzuständigkeit ist dann die Einstellung des Verfahrens mittels eines (anfechtbaren) Beschlusses. Nur bei der ersten Tagsatzung darf dieser Beschluß nicht gefaßt werden,[6]) weil § 240 Abs. 3 Z. P. O. ihn nicht nennt, und weil im § 43 J. N. das im § 240 Z. P. O. enthaltene Wort „jederzeit" fehlt; das prima facie unbefriedigende Ergebnis stimmt mit der Vorschrift überein, daß von Gerichtshöfen nur der Senat eine Klage wegen Unzuständigkeit abweisen dürfe (§ 230 Z. P. O.), und bleibt darum nur für die Bezirksgerichte unbefriedigend. Mit der Fällung einer Entscheidung über die Zuständigkeit oder über den Rechtsschutzanspruch endet diese Einstellungsmöglichkeit für das Prozeßgericht erster Instanz (§ 416 Z. P. O.), also auch mit der Fällung eines Zwischenurteiles nach § 393 Abs. 1 Z. P. O.),[7]) während ein Zwischenurteil nach § 393 Abs. 2 Z. P. O. nicht immer diese Konsequenz hat. Die Entscheidung über die Zuständigkeitsfrage[8]) oder über den Rechtsschutzanspruch ist aber nichtig (siehe aber S. 120 ff.) und als nichtig von dem aus welchem Rechtsmittelgrunde immer angerufenen Rechtsmittelgerichte aufzuheben (§ 477 Z. 3 Z. P. O.), ohne daß der Prozeß vor das zuständige Gericht verwiesen würde.[9]) Die

---

[5]) A. M. Horten S. 204; siehe aber die Überschrift zu § 76 J. N.

[6]) A. M. anscheinend Horten S. 204.

[7]) A. M. Horten S. 205.

[8]) A. M. M. Pollak in Grünhuts Zeitschr. XXV. S. 616 Anm. 32.

[9]) R. Pollak, Verzicht auf die untere Instanz (G. Z. 1897 S. 402). — Vergl. Z. E. Nr. 397 (deren Gründe, insoweit sie das Oberlandesgericht betreffen, zu billigen sind).

Rechtskraft der Entscheidung deckt jedoch den Mangel dieser Prozeßvoraussetzung der Zuständigkeit (§ 529 Z. P. O.; siehe S. 122 ff.).

Vom Rechtsmittelgerichte ist seine Zuständigkeit zunächst von Amts wegen zu prüfen. Im Rekursverfahren konkurriert nicht einmal die Partei mit dem Gerichte, und dieses wahrt seine Zuständigkeitsgrenzen allein, aber bis zur Fällung seiner Entscheidung über den Rekurs (arg. § 476 Z. P. O.); verfehlt es diese Wahrung, so liegt ein Nichtigkeitsgrund vor (§ 477 Z. 3 Z. P. O.). Etwas anders liegt die Sache im Berufungsverfahren.[10]) Das Berufungsgericht[11]) nimmt zwar seine Zuständigkeit von Amts wegen wahr und darf bis zur Erledigung der Berufung seine Unzuständigkeit aussprechen, wenn keine mündliche Berufungsverhandlung stattfindet; findet aber, wie in der Regel, eine solche statt, so endet das Recht der Zuständigkeitsprüfung von Amts wegen mit dem Beginne der mündlichen Berufungsverhandlung[12]) (arg. § 487 Z. P. O.), obwohl ja jede Verletzung der Zuständigkeitsgrenzen einen Nichtigkeitsgrund[13]) bildet (§ 487 Z. P. O.). Auf die Revision finden nicht die Normen der Berufung eine sinngemäße Anwendung, wie § 513 Z. P. O. erwarten ließe; vielmehr kann beim obersten Gerichtshofe von einer Unzuständigkeit keine Rede sein.

Im Sicherungs- und Exekutionsverfahren ist (als Konsequenz des § 51 E. O.) die Zuständigkeit jederzeit[14]) bis zur Beendigung des Verfahrens von Amts wegen zu wahren (siehe S. 120, 243 Anm. 15). Das Ergebnis befriedigt wenig, weil es zur Nichtigerklärung von Verfahren zwingt, welche schon recht weit, z. B. bis zur Zwangsversteigerung vorgeschritten sein können. Allein nicht nur daß das auch — wenn auch weniger einschneidend, weil in der Wirkung auf die Parteien beschränkt — für manche Erkenntnisverfahren gilt, ist der Befehl des § 477 E. O. („Als nichtig ist das . . . Urteil und . . . das vorangegangene Verfahren . . . aufzuheben") so deutlich, daß die dawider aus §§ 44, 60 J. N. und 487 Z. P. O. entnommenen Argumente[15]) nicht aufkommen können; dies umsoweniger, als § 44 J. N. eine ausdrückliche Unzuständigkeitserklärung und damit implicite (§ 477 Z. 3 Z. P. O.) die Nichtigerklärung fordert, und als die §§ 60 J. N., 487[16]) Z. P. O. deutlich den Charakter von Aus-

[10]) Vergl. Pfaff-Schey Nr. 291.

[11]) Max Pollak, Die Unzuständigkeit des Berufungsgerichtes (in Grünhuts Zeitschr. XXV. S. 609 ff.).

[12]) Übereinstimmend M. Pollak a. a. O. S. 615 f.

[13]) A. M. M. Pollak a. a. O. S. 617: keine sei es.

[14]) Vom Gerichte erster Instanz jedoch nicht mehr, wenn es seine Zuständigkeit ausdrücklich bejaht hat (§ 416 Z. P. O., § 78 E. O.).

[15]) Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 33 f. — Im Konkursverfahren gilt § 477 Z. P. O. nicht; daher für dieses wie Petschek R. Pollak, Konkursrecht S. 90.

[16]) Hier wiederholt allerdings das zweite Berufungsgericht das Vorverfahren des ersten nicht; allein daraus folgt nicht, daß dieses Vorverfahren vor dem nichtig verhandelnden Gericht gültig bleibt (so Petschek a. a. O.), sondern daß das Gesetz in concreto ein Vorverfahren als überflüssig ansieht; in der Regel könnte es hier nämlich doch wieder nur zur Anordnung der Berufungsverhandlung führen, und für die Ausnahmen ist § 494 Z. P. O. da.

nahmsvorschriften tragen. Das Ergebnis bleibt also, daß das Gericht, wann immer es während des Verfahrens seine (noch nicht ausdrücklich bejahte) Zuständigkeit zu verneinen findet, dies und die Nichtigkeit des Verfahrens mit Beschluß auszusprechen und die Rechtssache zur Durchführung eines neuen Verfahrens an das als zuständig ermittelte Gericht abzutreten hat.

IV. Prüfung der Zuständigkeit auf Antrag einer Partei. Für die weitaus überwiegende Zahl der Fälle ist mit der Einleitung des Verfahrens die Prüfung der Zuständigkeit von Amts wegen zu Ende; sie erfolgt nur mehr auf die Anregung einer Partei. Das Sicherungs- und Exekutionsverfahren kommt hier nicht mehr in Betracht (§ 51 E. O.); für das Erkenntnisverfahren ist der der Partei zur Verfügung stehende Rechtsbehelf nie der Rekurs (§§ 130, 552, 562 Z. P. O.), sondern eine Einrede. Gegen die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes steht dem Beklagten die Einrede der Unzuständigkeit (§ 239 Z. P. O.), gegen jene des Berufungsgerichtes der Prozeßpartei die Ablehnung der Zuständigkeit des Berufungsgerichtes zu (§ 487 Z. P. O.). Diese Einrede (Ablehnung) muß rechtzeitig[17]) und individualisiert erhoben werden; es muß darum vor dem Prozeßgerichte erster Instanz[18]) sofort bei der Erhebung der Einrede nicht nur angegeben werden, ob die örtliche, sachliche oder funktionelle Unzuständigkeit geltend gemacht wird, sondern auch — ohne Spezialisierung — warum; sonst ist die Einrede nicht gehörig erhoben, somit präkludiert[19]) (§ 240 Z. P. O.). Ist die Einrede (Ablehnung) aber gehörig erhoben, so wird darüber verhandelt und nunmehr der Tatbestand des Zuständigkeitsgrundes sowohl nach der rechtlichen als auch nach der tatsächlichen Seite überprüft, nach der tatsächlichen nunmehr nicht auf Grund der Behauptungen des Antragstellers, sondern des geprüften Sachverhaltes. Stellt sich darnach die Zuständigkeit des Gerichtes heraus, so wird sie (abweichend von II, und zwar für das erkennende Gericht bindend, §§ 416, 425 Z. P. O.) ausgesprochen (§ 240 Z. P. O.); stellt sich die Unzuständigkeit heraus, so wird in erster Instanz die Klage oder der Feststellungsantrag abgewiesen (§ 261 Z. P. O.), in höherer Instanz die Sache an das zuständige Gericht geleitet.

Die Einrede der Unzuständigkeit kann den Mangel der örtlichen, sachlichen oder funktionellen Zuständigkeit des Prozeßgerichtes erster Instanz geltend machen; sie besteht entweder in einem Leugnen des vom Kläger geltend gemachten Zuständigkeitsgrundes (sei es auf rechtlicher, sei

---

[17]) Für die Einrede siehe S. 290; für die Ablehnung ist der späteste Zeitpunkt in der mündlichen Berufungsverhandlung unmittelbar nach dem Vortrage des Berichterstatters; § 487 Z. P. O.

[18]) Vor dem Berufungsgerichte bedarf dessen „Ablehnung" keiner Individualisierung, weil sie nur auf einen einzigen Grund gestützt werden kann.

[19]) Nur hiedurch wird auch erklärt, warum es für sie keiner Klagebeantwortung bedarf (§ 398 Z. P. O.); man bedarf derselben bei Individualisierung nicht, da es sich in aller Regel um einfache Tatbestände handelt.

es auf tatsächlicher Grundlage) oder in der Geltendmachung eines den klägerischen ausschließenden Zuständigkeitsgrundes, eine Unterscheidung, welche wegen der Verteilung der Beweislast wichtig ist. Die Ablehnung der Zuständigkeit des Berufungsgerichtes darf weder wegen dessen örtlicher noch wegen dessen funktioneller Unzuständigkeit erfolgen (deren Beachtung somit ausschließlich von Amts wegen, wenn auch vielleicht auf eine Parteianregung, erfolgt), sondern nur wegen seiner sachlichen (§ 487 Z. P. O.). Wird nämlich das Urteil eines Bezirksgerichtes für Handelssachen[20]) einem Landesgerichte, das mit keinem Beisatze versehene Urteil eines Bezirksgerichtes einem Handels-, See- oder Bergrechtssenate, das mit dem Beisatze des § 446 Z. P. O. „in Ausübung der Handels- (See-, Berg-) Gerichtsbarkeit gefällt" versehene Urteil eines Bezirksgerichtes (S. 330 f.) einem Zivilsenate oder einer anderen unrichtigen Senatstype vorgelegt, so darf dies von der Partei gerügt und die Abtretung der Akten an den richtigen Senat gefordert werden. Diese „Ablehnung der Zuständigkeit" steht freilich nicht jeder Partei zu: hat eine in erster Instanz erfolglos die Einrede der Unzuständigkeit erhoben und sind die Berufungsakten nun jener Senatstype vorgelegt worden, welche dem Standpunkte der Einrede entspricht, so darf der Beklagte die Zuständigkeit dieser Senatstype nicht ablehnen; hat eine Partei gegen den Beisatz des § 446 Z. P. O. opponiert, so darf sie nun die Zuständigkeit des Zivilsenates nicht ablehnen. Dieses Problem der Ablehnung der Zuständigkeit des Berufungsgerichtes ist vom Gesetze nur für den letztgenannten Fall geregelt[21]) (§ 487 Z. P. O.), so daß sich hier eine ähnliche Lücke findet, wie im § 3 J. N.; siehe S. 330. Wenn nun auch das ganze Problem nicht sehr wichtig ist, weil es nur infolge eines Versehens praktisch werden kann, so kann man doch nicht annehmen, das Gesetz wolle diese Lücke, wolle in dem einen Falle die Einrede gewähren, in dem anderen versagen. Denn die geringe Bedeutung des Problems gilt doch gleichmäßig für alle drei Fälle: Urteile der Bezirksgerichte ohne Beisatz, solche mit Beisatz, solche der Bezirksgerichte für Handelssachen; gesteht das Gesetz (§ 487 Z. P. O.) in dem einen den Parteien die Ablehnung der Zuständigkeit zu, so muß man darum diese Norm analog auch auf die beiden anderen Fälle anwenden.

Ist die Einrede (Ablehnung) aus welchem Grunde immer versäumt, so ist die Unzuständigkeit (mit den Ausnahmen sub II und III) saniert.

V. Das Verfahren. Jenes bei der Wahrung der Zuständigkeit von Amts wegen und jenes bei der Ablehnung der Zuständigkeit des Berufungsgerichtes bieten keine Besonderheiten. Anders steht es mit der Einrede der Unzuständigkeit.

Sie blickt auf eine ereignisreiche, prozeßpolitisch höchst wichtige

---

[20]) Nur auf diese wendet Demelius S. 647 die Analogie des § 487 Z. P. O. an.

[21]) Katz, Zivilurteil S. 100 ff. findet mit Unrecht im § 487 Z. P. O. ein Redaktionsversehen.

Vergangenheit zurück.[22]) Sie gehörte und gehört im deutschen Rechte heute noch zu den „prozeßhindernden" Einreden, das heißt zu jener Gruppe von „Einreden" im eigentlichen und uneigentlichen Sinne, deren Vorbringen den Beklagten von der Einlassung in die Verhandlung zur Hauptsache insolange enthob, bis nicht über diese Einreden mit welchem Erfolge immer endgültig entschieden worden; die Logik des Gedankens: ehe die Zuständigkeit des Gerichtes feststehe, dürfe es über die Hauptsache gar nicht verhandeln, zwang zur Statuierung dieser prozeßhindernden Wirkung. Diese Logik provozierte aber geradezu die Vorbringung prozeßhindernder Einreden: auch ihr rein schikanöses Vorbringen bewirkte ja eine sehr erhebliche Prozeßverzögerung zu Gunsten des Beklagten. Da nun die exceptio fori incompetentis die wichtigste dieser prozeßhindernden Einreden war, kann man den Schaden leicht ermessen, den sie dem Prozesse tat. Das österreichische Recht hat sich der ganzen Gruppe von Einreden gegenüber schon seit 1781 spröde erwiesen: die allgemeine Gerichtsordnung zählt nur die Einrede der Unzuständigkeit (einschließlich jener der Unzulässigkeit des Rechtsweges) hieher, der dann die Praxis[23]) jene der Kostensicherheit hinzufügte; das Summarverfahren von 1845 und das Bagatellverfahren von 1873 hoben dann sogar die prozeßhindernde Wirkung der erstgenannten auf,[24]) und auf diesem segensreichen Standpunkte ist denn auch die Zivilprozeßordnung geblieben.

Die Einrede der Unzuständigkeit berechtigt den Beklagten nicht, „die Einlassung in die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern" (§ 260 Z. P. O.); er setzt sich also durch eine solche Weigerung Versäumnisfolgen aus. Sie berechtigt ihn nicht einmal, eine abgesonderte, neben jener zur Hauptsache laufende Verhandlung über seine Einrede zu fordern; eine solche ist zwar zulässig, aber nur nach Ermessen des Gerichtes[25]) (§ 260 Z. P. O.). Hält man diese Normen mit der Indifferenz des Gesetzes hinsichtlich der sachlichen Unzuständigkeit zusammen, so ergibt sich, daß es für den Beklagten an Interesse fehlt, diese Einrede aus Schikane zu erheben; ihre Erhebung ist denn auch selten geworden, und damit ist ein gutes Stück Mühe und Arbeit im Prozesse erspart und gerettet.

Ist über die Einrede in abgesonderter Verhandlung oder in der unabgesonderten Verhandlung getrennt von der Hauptsache verhandelt worden, so ist auch abgesondert über sie zu entscheiden (§ 261 Z. P. O.), sonst vereinigt mit der Hauptsache. Eine die Zuständigkeit ablehnende Entscheidung ergeht immer in der einfachen Form des Beschlusses (§ 260 Z. P. O.), wogegen grundsätzlich (über die Ausnahme siehe S. 281) der

---

[22]) Vergl. Renaud S. 649 ff.; den J. R. A. § 40, welcher hier einen wichtigen Abschnitt bedeutet.

[23]) Spr. Rep. Nr. 97; das Gesetz hatte diese Bildung niemals anerkannt; erst die Zivilprozeßordnung brachte die Anerkennung.

[24]) Über den früheren Rechtszustand Heyßler, Prozeßvoraussetzungen (in Grünhuts Zeitschr. I. S. 114 ff.); v. Canstein, Lehrbuch I. S. 334 ff.; Ullmann, Lehrbuch S. 152 ff.

[25]) Vor Gerichtshöfen des Senates. Gegen den Beschluß kein Rechtsmittel (§§ 192, 260 Z. P. O.).

Rekurs offen steht. Bejaht das Rekursgericht die Zuständigkeit, so steht dagegen der Rekurs an den obersten Gerichtshof offen; § 527 Abs. 2 Z. P. O., der ihn anscheinend untersagt, findet hier keine Anwendung,[26]) weil er nur den Fall betrifft, daß ein Beschluß (nicht abgeändert, sondern) „aufgehoben" und der ersten Instanz die Fällung einer „neuerlichen . . . Entscheidung" (scil. über den Gegenstand der ersten; arg. § 527 Abs. 1 Z. P. O.) aufgetragen wird, während ihr hier die Entscheidung über einen anderen Gegenstand, nämlich über die Hauptsache nun obliegt. Verneint das Rekursgericht gleichfalls die Zuständigkeit, so steht der Rekurs an den obersten Gerichtshof nicht offen (§ 528 Z. P. O.).

Wird die Einrede verworfen und ist abgesondert über sie verhandelt worden, so wird diese Entscheidung abgesondert verkündet (§ 260 Z. P. O.). Abgesondert ausgefertigt aber wird sie nur, wenn das Gericht beschließt, ihre Rechtskraft abzuwarten.[27]) Beschließt es dagegen, nun sofort die Verhandlung zur Hauptsache aufzunehmen,[28]) so wird die Entscheidung in das Urteil[29]) aufgenommen und kann dann ebenso, wie wenn sie erst mit dem Urteile gefällt wird, „nur mittels des gegen die Entscheidung in der Hauptsache offen stehenden Rechtsmittels angefochten werden" (§ 260 Z. P. O.), also mit der Berufung (im Besitzstörungsverfahren mit dem Rekurse) und mit der Revision. Diese Norm ist nicht ganz präzise, weil sie dem Zweifel Raum läßt, ob das nicht eine volle Rezeption der Rechtsmittel gegen die Urteile bedeute; dann wäre der Rechtszug ein weiterer, wenn die Entscheidung über die Zuständigkeit im Urteile, als wenn sie abgesondert erfolgt. Dem widerspricht jedoch das Wort „nur" im § 260 Abs. 3 Z. P. O.; es beweist, daß es sich hier nicht um ein erweitertes, sondern um ein vorbehaltenes (siehe § 515 Z. P. O.) Rechtsmittel handelt. Hieraus folgt, daß gegen gleichlautende Zuständigkeitsentscheidungen auch in Urteilen ein Rechtsmittel an den obersten Gerichtshof nicht offen steht[30]) (arg. § 528 Z. P. O.). Sind aber die Entscheidungen nicht gleichlautend und steht das Rechtsmittel an den obersten Gerichtshof frei (siehe S. 280), so ist hiefür jeder der Revisionsgründe des § 503 Z. P. O. offen, auch der bestrittene des § 503 Z. 4 Z. P. O. der „unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Sache",[31])

[26]) A. M. Pfaff-Schey Nr. 105, 297 (ohne eine Interpretation des Gesetzes zu geben).

[27]) Unzulässig in Bagatellsachen; § 450 Z. P. O., ferner natürlicherweise in den Fällen des § 45 J. N.; siehe oben S. 280 ff.

[28]) Dawider kein Rechtsmittel; § 261 Z. P. O.

[29]) Oder in die sonstige Endentscheidung; ergeht keine, z. B. beim gerichtlichen Vergleiche, so muß nun der Beschluß ausgefertigt werden.

[30]) Z. E. Nr. 36; Pfaff-Schey Nr. 839.

[31]) v. Fürstl I. S. 747; a. M. Z. E. Nr. 104 (§ 503 Z. 4 Z. P. O. sei auf „prozeßhindernde" Einreden unanwendbar); Pfaff-Schey Nr. 526 (nur Verletzung des materiellen, nicht auch solche des Prozeßrechtes falle unter § 503 Z. 4 Z. P. O.), 610 (Verletzung des Prozeßrechts falle nur unter § 503 Z. 1, 2 Z. P. O.), alle, ohne sich in die Frage der gesetzlichen Terminologie einzulassen; Neumann, Komm. I. S. 952; Demelius S. 667; widerspruchsvoll Wachtel S. 462. — Klein, Beweiswürdigung in der Revisionsinstanz (G. Z. 1898 S. 78 Anm. 10) läßt die Frage unentschieden. Die Materialien I. S. 361 geben keinen Aufschluß.

da „Sache“ nach der Terminologie des Gesetzes von „Hauptsache“ unterschieden ist[32]) (siehe §§ 260, 261, 398 Z. P. O.).

Die Entscheidung über die Zuständigkeit kann in jedem Falle (Ausnahme: § 32 Gew. Ger. Ges.), auch wenn sie sonst unanfechtbar wäre (§ 45 J. N.), mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden[33]) (§ 529 Z. P. O.), dagegen nie mit der Wiederaufnahmsklage, weil diese auf „Urteile“ beschränkt ist (§ 536 Z. P. O.), während oben dargelegt ist, daß die Zuständigkeitsentscheidung auch dann kein Urteilsteil ist, wenn sie im Urteile steht.

VI. Die Entscheidung über die Zuständigkeit bindet das Gericht zwar hinsichtlich dieser,[34]) niemals aber in der Rechtsansicht über die „Hauptsache“, z. B. über den Urteilsanspruch.

---

[32]) Pfaff-Schey Nr. 986 (ad § 477 Z. 6 Z. P. O.).

[33]) Das Referat der Z. E. Nr. 345 läßt den Sachverhalt und infolgedessen auch die Rechtsansicht des obersten Gerichtshofes in dem hier interessierenden Punkte nicht erkennen.

[34]) Z. E. Nr. 397.

Fünfter Abschnitt.

Die Parteihandlungen.

§ 74. Allgemeines.[1])

I. Parteihandlungen sind die von den Parteien ex causa des Prozesses vorgenommenen Handlungen; ihnen stehen die entsprechenden Handlungen der Beteiligten, Nebenintervenienten und der Vertreter gleich. Prozeßhandlungen sind jene Parteihandlungen, welche zur Begründung, Fortentwicklung oder Beendigung des Prozesses an das Gericht gerichtet sind[2]) (§ 34 Z. P. O.), und zwar ohne Rücksicht darauf,[3]) ob diese Handlungen eine Tätigkeit des Gerichtes anregen oder sie verhindern sollen, wie etwa einerseits ein Beweisantrag, andererseits die Vereinbarung der Exekutionsstundung. Alle Parteihandlungen, welche nicht unter diese Definition passen, sind keine Prozeßhandlungen, wenn auch bisweilen Erkenntnisquellen für den Prozeß, so z. B. die Aussage der Partei nach den §§ 371 ff. Z. P. O., ihr Offenbarungseid (§ 48 E. O.). Für die Prozeßhandlungen gelten eigene Normen; nur diese werden hier dargestellt, während die anderen Parteihandlungen anderwärts, zum Teile bei der Beweislehre zu besprechen sind.

Für die Prozeßhandlungen gilt zunächst das Zivilprozeßrecht. Das ist über Zweifel erhaben. Aber fraglich und höchst strittig ist es, ob sie auch ohneweiters dem Privatrechte unterworfen sind. Die gemeinrechtliche Theorie, aber auch bis vor kurzer Zeit jene des österreichischen

[1]) Wetzell, System S. 891; Menger, System S. 388 ff.; Wach, Geständnis (Arch. f. zivil. Praxis LXIV. S. 238 ff.); v. Canstein, Grundlagen des Kontumazialrechtes (Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XVI. S. 36 ff.); Klein, Schuldhafte Parteihandlung S. 17 ff.; Bülow im Arch. f. zivil. Praxis LXIV. S. 1 ff.; R. Pollak, Gerichtliches Geständnis S. 22 ff.; Trutter, Prozessualische Rechtsgeschäfte S. 65 ff.; Wach, Prozeßvollmacht und Aufrechnung (in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXVII. S. 1 ff.). Siehe auch Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft S. 308 ff.

[2]) Teilweise a. M. Horten in Gellers Ztbl. XIX. S. 972. Ausnahmsweise enger ist die Bedeutung der „Prozeßhandlung" im § 31 Z. 1 Z. P. O.; Wach in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXVII. S. 1 ff.

[3]) Wach in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXVII. S. 10 ff.; Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 81; Paul, Vergleich S. 11 ff.; a. M. Planck, Lehrbuch I. S. 390, welcher die eine Gerichtstätigkeit abschneidenden Parteihandlungen nicht zu den Prozeßhandlungen zählt.

und deutschen Rechtes hat das als derart selbstverständlich angesehen, daß sie eine ausdrückliche Bejahung der Frage als überflüssig unterließ und ohneweiters die Privatrechtsnormen z. B. über den Willen, die Willenserklärung, die Bedingung auf die Prozeßhandlungen anwendete. Erst seit ganz kurzer Zeit ist diese Auffassung eine immer stärker werdende Opposition entgegengetreten, deren erste bestimmte Äußerung sich im Jahre 1884 bei Franz Klein findet, an die der Versuch einer eingehenden Begründung sich im Jahre 1892 bei Rudolf Pollak schließt.[4]) Diese jüngere Lehre trennt grundsätzlich die Prozeß- und die Privatrechtshandlungen. Sie hat nicht nur die Tradition, sondern auch den anscheinend sehr gewichtigen Umstand gegen sich, daß das Zivilprozeßrecht die Regelung gar vieler Seiten der Prozeßhandlungen unterläßt, also anscheinend Lücken dort aufweist, wo man (wie z. B. über die Bedingung) Regeln als unerläßlich anzusehen gewöhnt ist: wer kann sich so leicht eine Normengruppe über Willenserklärungen ohne Vorschriften über den Irrtum, die Bedingung, die Ernstlichkeit des Willens u. dergl. mehr vorstellen? Die jüngere Lehre gewinnt darum zwar immer mehr Anhänger,[5]) und ihre Widerlegung ist überhaupt noch nicht versucht,[6]) eine Verteidigung der älteren Anschauung seit dem Angriffe noch nicht unternommen worden; aber diese überkommene Auffassung hat noch immer Anhänger,[7]) und es muß schon als ein Fortschritt gelten, daß sie in jüngster Zeit nicht mehr die unmittelbare, sondern nur die analoge Anwendung der Privatrechtsnormen auf die Prozeßhandlungen für zulässig erklärt.[8]) Dieser Fortschritt ist begrifflich groß, aber praktisch unbedeutend, da er Hand in Hand mit einer völligen Identifizierung der Zwecke der Privatrechts- und Prozeßhandlungen geht, und da infolge dieser Identifizierung die Ergebnisse der unmittelbaren und der analogen Anwendung der Privatrechtsnormen auf die Prozeßhandlungen einander decken.

Demgegenüber ist daran festzuhalten, daß der Zweck und die Natur der Prozeß- und jene der Privatrechtshandlungen völlig verschiedene sind, und daß darum sachgemäß die Normierung der einen Handlungsgruppe von jener der anderen grundsätzlich abweicht. Der Beweis liegt im folgenden.

Die Privatrechtshandlungen sollen bestimmungsgemäß jede für sich bestimmte rechtliche Wirkungen hervorrufen. Dagegen ist für die Prozeß-

[4]) Klein, Schuldhafte Parteihandlung S. 27 ff.; R. Pollak, Gerichtliches Geständnis S. 32 ff.

[5]) Sie wird vertreten von Alf. Schultze in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XIX. S. 341 ff.; Paul, Vergleich S. 7 ff.; A. S. Schultze in Grünhuts Zeitschr. XXVIII. S. 546 ff.; Kisch in den Göttingischen Gelehrten Anzeigen 1901 S. 206 ff.; Messina, Contributo alla dottrina della confessione S. 47; Bülow, Geständnisrecht S. 74 ff.; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 157 ff.; Gaupp-Stein (5. Aufl.) I. S. 322; teilweise auch von Kohler in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXIX. S. 7 ff.

[6]) Nur gegen einzelne Punkte haben sich Kohler, Beiträge S. 256 f.; Pick in G. Z. 1894 S. 114 ausgesprochen.

[7]) Vergl. z. B. Z. E. Nr. 338; Sintenis, Der simulierte Prozeß (in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXX. S. 358 ff.), der sich mit der jüngeren Lehre gar nicht auseinandersetzt.

[8]) Hölder, Anspruch und Klagrecht (Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXIX. S. 50 ff.).

handlungen diese selbständige Rechtswirkung bestimmungsgemäß ausgeschlossen; so ist z. B. im Erkenntnisverfahren ihr „Wirkungsobjekt die zivilrechtliche Urteilstätigkeit, ihr Wirkungsergebnis das Urteil über den eingeklagten Privatrechtsanspruch“,[9]) im Exekutionsverfahren zur Hereinbringung von Geldforderungen ihr Wirkungsobjekt die gerichtliche Beschlagnahme mit ihren Folgen. Daß dies die normale Funktion der Prozeßhandlungen ist, das ist unbestreitbar und unbestritten. Sie sind also unselbständiger Natur, sie wirken nicht in der Vereinzelung, sondern nur in ihrem Zusammenhange im einzelnen Prozesse; und auf das Privatrecht äußern sie nur eine mittelbare Wirkung durch die Entscheidung, also auch nur, wenn eine solche erfließt. Sowohl wegen ihrer Unselbständigkeit als auch wegen ihres auf die Herbeiführung der Entscheidung und auf die Bestimmung ihres Inhaltes gerichteten Zweckes ist aber konsequenterweise den Prozeßhandlungen jede direkte privatrechtliche Wirkung versagt;[10]) darum muß man auch jede der beliebten Parallelen zwischen Rechtsgeschäften und Prozeßhandlungen oder die Bezeichnung einzelner Prozeßhandlungen als Rechtsgeschäfte verwerfen.[11]) An diesem Ergebnisse ändert sich auch nichts dadurch, daß die Parteien etwa Prozeßhandlungen bestimmungswidrig, anormalerweise zu rechtsgeschäftlichen Zwecken gebrauchen wollen, z. B. einen Scheinprozeß führen; denn nicht nach dem Mißbrauche beurteilt man die rechtliche Natur der Handlungen.

Teilt man die hier vorgetragene Auffassung über die Prozeßhandlungen, so folgt daraus, daß für sie zunächst *nur* das Zivilprozeßrecht maßgebend ist; nach ihm bestimmen sich ihre Voraussetzungen und Wirkungen. Das war denn auch die Meinung der Redaktoren des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, wie § 9 des Urentwurfes und die Rede v. *Zeillers* beweisen, mit welcher dieser die Beratungen eröffnete.[12]) Nun enthält das Zivilprozeßrecht freilich zahlreiche Normen über die Prozeßhandlungen nicht, welche das Privatrecht für die Rechtsgeschäftshandlungen aufstellt. Aber daraus folgt *nicht*, daß hier das Zivilprozeßrecht Lücken aufweist, und nicht jeder Mangel eines Pendants zu einer zivilrechtlichen Norm im Zivilprozeßrechte berechtigt auch nur zur analogen Anwendung des Privatrechtes.[13]) Vielmehr muß man sich zunächst stets fragen, ob es sich denn in dem einzelnen Falle einer vermeintlichen Lücke wirklich um eine solche handle, ob nicht die Natur der *Prozeßhandlung* die vermißte Norm entbehrlich oder gar unzulässig mache? Und selbst wenn man dann den Mangel einer Norm feststellt, folgt noch nicht, daß man ihn aus dem bürgerlichen Rechte beseitigen

[9]) *Bülow*, Geständnisrecht S. 75, 85.

[10]) A. M. wohl *Ehrenzweig*, Einfluß des Rechtsstreites (in Grünhuts Zeitschr. XXV. S. 282 ff.). Eine Ausnahme macht der Prozeßvergleich; selbst diese bezweifelt *Bülow* S. 75 Anm. 2.

[11]) Bei *Wach* im Arch. f. zivil. Praxis LXIV. S. 238 ff. ist diese Bezeichnung im wesentlichen nur eine Frage der Terminologie; anders bei *Trutter*, Prozessualische Rechtsgeschäfte; *Crome*, System des bürgerlichen Rechtes I. S. 552 Anm. 10; *Sintenis* a. a. O. S. 384 ff. Gegen die Rechtsgeschäftstheorie R. *Pollak*, Geständnis S. 63 ff.; *Bülow*, Geständnisrecht S. 86 ff., 153 ff.

[12]) *Ofner*, Urentwurf I. S. 3 ff.

[13]) A. M. *Hölder* a. a. O.

dürfe. Vielmehr ist gemäß des im § 7 a. b. G. B. ausgesprochenen Grundsatzes zunächst ihre Beseitigung durch die Heranziehung anderer Zivilprozeßnormen, dann jener „verwandter Gesetze", also der Konkursordnung, des Verfahrens außer Streitsachen u. dergl., zu versuchen, und dann kommt die Analogie „nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen". Hier erst spielt das bürgerliche Recht eine Rolle, also die letzte. Hält man nun die Erkenntnis fest, daß die Prozeßhandlungen von den Privatrechtshandlungen wesensverschieden sind,[14]) so wird sich nicht nur die Zahl der angeblichen Lücken des Zivilprozeßrechtes sehr erheblich vermindern, sondern es wird auch selten der Anlaß geboten sein, zu ihrer Ausfüllung auf das bürgerliche Recht zurückzugreifen.

Auf dieser Grundlage beruhen die nun folgenden Ausführungen.

II. Alle Prozeßhandlungen sind positive Handlungen; stillschweigende Willensäußerungen kennt das Zivilprozeßrecht nicht, sondern nur Versäumnisse.[15]) Unter Versäumnissen versteht man solche Unterlassungen, welche für den Unterlassenden selbst nachteilige Rechtsfolgen haben, während Handlungen durch Unterlassungen (stillschweigende Erklärungen) Willenserklärungen sind, wie positive Handlungen. Der Grund für diesen Unterschied des Prozeßrechtes vom Privatrechte liegt in folgenden Erwägungen: das Prozeßrecht bedarf deutlicherer Handlungen als das Privatrecht (§ 178 Z. P. O.), weil es nicht wie dieses über ein Verfahren verfügt, welches Undeutlichkeiten behebt, und weil überdies die Prozeßhandlungen zu einer autoritativen Rechtsordnung des einzelnen Falles führen sollen.

Gemeinsame Erfordernisse aller Prozeßhandlungen sind folgende:

a) Sie müssen von Parteifähigen ausgehen. Da die Parteifähigkeit sich nicht mit der Rechtsfähigkeit deckt (S. 134), so vermögen Prozeßhandlungen von Parteien auszugehen, welche parallel laufende Privatrechtshandlungen gültig zu setzen nicht vermögen.

b) Sie müssen von prozessual Handlungsfähigen[16]) ausgehen (arg. §§ 6, 185 Z. P. O.). Wie weit diese Handlungs- (Erklärungs-) Fähigkeit reicht, ist auf S. 147 ff. bei der Besprechung der Prozeß- und Postulationsfähigkeit entwickelt; darnach ergibt sich hier in Umkehrung des ad a gewonnenen Satzes, daß gültige Erklärungen (Handlungen) vielfach im Privatrechte von Personen gesetzt werden dürfen, denen ein paralleles Recht im Prozesse oder in bestimmten Prozessen nicht zusteht.

c) Die Handlungen müssen mit dem Handlungs-, insbesondere die Erklärungen mit dem Erklärungswillen gesetzt sein (arg. § 185 Z. P. O.), so daß nicht nur die Handlungen von Prozeßunfähigen, z. B. Wahn-

---

[14]) Bülow, Geständnisrecht S. 78 ff.; Hellwig, Anspruch S. 15 ff.

[15]) Vergl. § 104 Abs. 3 J. N.; § 235 Abs. 2 Z. P. O.; § 182 E. O. Siehe § 93.

[16]) Siehe aber § 103 Z. P. O. („erwachsene Person," die dann den Zustellschein zu unterschreiben hat). A. M. für den Fall der Klagrücknahme durch einen Prozeßunfähigen Horten in Gellers Ztbl. XIX. S. 969; der Meinung fehlt die gesetzliche Grundlage.

sinnigen, sondern auch jene Trunkener prozessual nicht die Wirkungen der Normalen haben. Wirkungslos sind sie deshalb nicht, sondern sie verhüten bei den Prozeßunfähigen dauernd, bei jenen, die „einer verständlichen Äußerung über den Gegenstand des Rechtsstreites ... nicht fähig" sind, das erstemal die Versäumnisfolgen (§§ 7, 185 Z. P. O.), freilich auch, wo solche zu ihrem Vorteile eintreten würden, diese Vorteile: der Trunkene vermag z. B. auch nicht mit Wirkung die Erlassung eines Versäumnisurteiles wider seinen Gegner zu beantragen.

d) Irrelevant dagegen ist es, ob der Handlung ein konkreter Handlungswille entspricht, oder auf den wichtigsten Fall, die Erklärung angewendet: ob der erklärte Wille auch erklärt werden wollte, ja ob überhaupt der Erklärung außer dem Erklärungswillen ein Wille zugrunde liegt.[17]) Der Prozeß berücksichtigt grundsätzlich nur die Welt der Erscheinungen, insoweit die Parteihandlungen[18]) in Frage kommen; für ihn ist da der Schluß von der Erscheinung auf den inneren Gehalt, von der Erklärung auf den Willen zwingend, oder anders gefaßt: es ist eine Prüfung dahin ausgeschlossen, ob dieser der Regel nach zutreffende Schluß in concreto begründet oder unbegründet sei. Das ist der bestrittenste Punkt der hier vorgetragenen Lehre, zugleich ihr wichtigster. Während die seit Savigny und Windscheid herrschende zivilistische Lehre die Willenserklärung als Absichtserklärung definiert;[19]) also als Erklärung der jetzt bestehenden Absicht auf einen in der Zukunft liegenden Erfolg, und in ihrer herrschenden Lehre[20]) eine Übereinstimmung zwischen der erklärten und der vorhandenen Absicht fordert, steht das Zivilprozeßrecht für alle seine (Willens- und Wissens- [siehe Anm. 18]) Erklärungen der Parteien grundsätzlich auf dem entgegengesetzten Standpunkte,[21]) nämlich auf jenem der rechtlichen Indifferenz der Frage gegenüber, ob der Erklärung eine Absicht und ob ihr gerade die erklärte Absicht entspricht. Es kommt somit für das Zivilprozeßrecht grundsätzlich nur auf die Handlung, auf die Erklärung, auf das in die Sinnenwelt Tretende, in die Augen Fallende, um es ungenau, aber drastischer zu sagen: auf die Form, nicht auf das Wesen der Erklärungen an. Die Handlungen wirken, weil sie gesetzt sind, und ohne Rücksicht darauf, ob sie beabsichtigt, aus welchem Willen, aus welcher Absicht, aus welchem Motiv sie gesetzt wurden, so daß nicht nur die Mentalreservation,

---

[17]) R. Pollak, Geständnis S. 35 ff. Vergl. Pfaff-Schey Nr. 511, 514 (über undeutliche Erklärungen).

[18]) Anders bei Aussagen von Parteien, Zeugen u. s. f. zu Beweiszwecken.

[19]) Vergl. Windscheid, Pandekten (7. Aufl.) I. §§ 78 ff.; Unger, System II. § 78; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 241; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I. S. 266 ff.

[20]) Auf einem jenem des Zivilprozeßrechtes sich nähernden Standpunkte steht eine jüngere zivilistische Schule, die z. B. von Schloßmann, Vertrag S. 85 ff.; Regelsberger, Pandekten I. S. 492 ff. vertreten wird.

[21]) Vergl. A. S. Schultze in Grünhuts Zeitschr. XXVIII. S. 546 ff.; ferner Messina a. a. O. S. 47; Kisch a. a. O. S. 213; Bülow, Geständnisrecht S. 105 ff., der an dem Unterschiede der Erklärungen des Privat- und Prozeßrechtes festhält, aber die Willenstheorie auch für das Privatrecht leugnet; a. M. als der Text Sintenis a. a. O.

sondern auch die Simulation von Prozeßhandlungen rechtsunerheblich ist.[22]) Der Beweis hiefür liegt in folgendem.

Das Zivilprozeßrecht stellt an die Parteierklärungen zwar das Erfordernis der Bestimmtheit und Deutlichkeit (§ 178 Z. P. O.) und hält dasselbe für die Willenserklärungen (wenn auch nicht für die Wissenserklärungen [§§ 267, 272 Z. P. O.] und Versäumnisse) fest. Ferner kennt das Zivilprozeßrecht eine Korrektur des Sichversprechens und Sichverschreibens (arg. § 419 Z. P. O.). Insoweit besteht die Übereinstimmung mit dem Privatrechte, aber hier endet sie auch schon. Eine weitere Berücksichtigung des Willensmomentes findet für die Parteihandlungen im Zivilprozesse grundsätzlich nicht statt.

Das zeigt sich vor allem in der verschiedenen Behandlung des Stillschweigens im Privat- und im Prozeßrechte. Während das Schweigen nach bürgerlichem Rechte der Regel nach (siehe oben § 88 Abs. 2 Z. R.; Art. 323, 339 H. G. B. u. s. f.) nur dann rechtlich relevant ist, wenn es vernünftigerweise zweifellos eine Willenserklärung ist (§ 863 a. b. G. B.), und nach Handelsrecht dann, wenn es nach Treu und Glauben eine solche darstellt (Art. 278 H. G. B.), wirken die Versäumungen von Willenserklärungen des Prozeßrechtes ganz anders.[23]) Sie wirken dort, wo das Gesetz eine positive Willenserklärung — nicht auch dort, wo es eine Wissenserklärung (§ 272 Z. P. O.) — erwartet, und wo statt dessen in concreto eine Versäumung derselben eintritt, ohne Rücksicht auf deren Absicht, deren Ursache; wer im Prozesse handeln soll und statt dessen säumig ist, wird demnach so behandelt, als ob er absichtlich die Handlung unterlassen hätte, und darf nicht einmal das Gegenteil, etwa den Zufall, der ihn bei der Verhandlung an der Setzung gerade der versäumten Prozeßhandlung hinderte, beweisen — eine Behandlung, welche in den terminis „poena contumaciae, poena confessi“ noch auf ihren Ursprung, auf die Ableitung aus privatrechtlichen Vorstellungen hinweist. Niemand bezweifelt jetzt mehr die Richtigkeit dieser Sätze für Versäumnisse von Willenserklärungen im Prozesse, wo gehandelt werden sollte; es genügt darum, beispielsweise auf die Normen über die Präklusion der Unzuständigkeitseinrede (§ 240 Z. P. O.), der Rüge von Verfahrensmängeln (§ 196 Z. P. O.), des Widerspruches gegen den Protokollsinhalt (§ 212 Z. P. O.), gegen den Zuschlag bei der Versteigerung (§ 182 E. O.) oder darauf zu verweisen, daß es gegen die Folgen eines unzureichenden Verhandelns keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gibt[24]) (§ 146 Z. P. O.).

---

[22]) A. M. Sintenis a. a. O. S. 408 ff., der zu dem Ergebnisse kommt: es werde zwar ein Urteil gefällt, als ob die Klage ernst gemeint wäre, aber das Urteil sei dann nicht vollstreckbar; die Begründung dieses letzteren Satzes aus § 767 dtsch. Z. P. O. (= § 35 E. O.) ist nicht haltbar. — Beim Scheinprozeß (S. 103) wird nicht die Prozeßhandlung, sondern der Rechtsschutzanspruch simuliert.

[23]) Bülow, Zivilprozessualische Fiktionen (im Arch. f. zivil. Praxis LXII.) S. 1 ff.; insbesondere S. 54 ff.; O. G. H. vom 11. Dezember 1900 Z. 16592, Fellner-Ohmeyer Nr. 381.

[24]) R. Pollak, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 7.

Es wäre nun zwar auffallend, könnte aber immerhin sein, daß das Zivilprozeßrecht zwar bei den Versäumnissen von jeder Berücksichtigung der Parteienabsicht abstrahiert, aber bei den positiven Handlungen auf dieselbe Bedacht nimmt, also z. B. Erklärungen nur wirken läßt, wenn die vorhandene mit der erklärten Parteiabsicht sich deckt.[25]) Tatsächlich gibt es auch einzelne Normen, deren Anwendbarkeit von einer solchen bestimmten Absicht des Handelnden abhängt; hieher gehören alle gegen Verschulden, Schikane, Mutwillen gerichteten (z. B. §§ 49, 179, 278, 408 Z. P. O.), deren Anwendbarkeit eben durch diesen Willen bestimmter Qualität bedingt ist. Aber gerade diese Normen mit ihrem offensichtlichen Ausnahmscharakter sind schon ein Argument dafür, daß der Regel nach die positiven Handlungen im Prozesse ihre Wirkung ohne die Berücksichtigung einer Parteiabsicht haben. Dieses Argument wird verstärkt einerseits durch die Normen, daß der Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses nicht (wie in der deutschen Zivilprozeßordnung) durch einen Willensfehler bei seiner Abgabe gerechtfertigt zu werden braucht und gerechtfertigt werden kann (§ 266 Z. P. O.); daß die Rückziehung gestellter Anträge in ziemlich weiten Grenzen und immer ohne Rücksicht auf den Grund der Rückziehung zulässig ist (siehe z. B. § 484 Z. P. O.); andererseits dadurch, daß es an allen Prozeßnormen dafür fehlt, eine an sich unzulässige (z. B. eine verspätete Klag-) Rücknahme dadurch zu erwirken, daß man ihre seinerzeitige Setzung als Folge eines Irrtums, eines Zwanges u. s. f. nachweist: es gibt eben, wie schon bemerkt, keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus solchen Gründen; es gibt aber auch keine Wiederaufnahmsklage aus denselben (arg. § 530 Z. P. O.). Wollte man nun trotz dieser bestimmten Stellungnahme des Gesetzes die Privatrechtsnormen über die Bildung rechtlich wirksamer Willenserklärungen analog auf das Zivilprozeßrecht anwenden, so müßte man zunächst den Grund nachweisen, warum man das bei den positiven Handlungen, nicht aber auch bei den Versäumnissen tut (also warum man z. B. auf das Versäumnisverfahren nicht den § 863 a. b. G. B. analog anwendet); dann aber müßte noch für die positiven Handlungen die Analogie der rechtlichen Situation nachgewiesen werden. Beides sind aussichtslose Versuche. Für die Versäumung von Willenserklärungen kann man sie bei den bestimmten, obzitierten Aussprüchen des Gesetzes nicht unternehmen. Man kann auch keinen Grund dafür anführen, warum die positiven Handlungen der Parteien anders behandelt werden sollen als ihre Versäumnisse. Man kann endlich bestimmte Gründe dafür anführen, daß diese positiven Prozeßhandlungen nicht jenen des Privatrechtes analog behandelt werden dürfen. Vor allem gewährt nämlich das Prozeßrecht hier eine ungleich größere Freiheit in der Setzung von Handlungen als das Privatrecht; die Partei darf in ziemlichem Umfange gestellte Anträge, abgegebene Dispositiv- und Wissenserklärungen zurücknehmen, abändern oder durch andere

[25]) Zu diesem Ergebnisse kommt R. Schmidt, Lehrbuch S. 280 f. hinsichtlich der Dispositiverklärungen, während er hinsichtlich der anderen Willenserklärungen die Indifferenz des Gesetzes gegenüber der Parteiabsicht behauptet.

ersetzen, so daß das Bedürfnis, auf den Ursprung der Erklärung, den Willen zurückzugehen und aus seinen Mängeln das Recht zur Zurücknahme ꝛc. der Erklärung abzuleiten (§§ 871 ff. a. b. G. B.), für das Prozeßrecht nicht groß ist. Ferner sind die einzelnen Prozeßhandlungen nicht selbstständig, daher von geringerer Bedeutung als Privatrechtshandlungen. Weiter richten sich die Prozeßhandlungen an das Gericht; sie werden und müssen darum nicht nur unter größerer Vorsicht, dem Ernste der Situation angemessen abgegeben werden, als jene des Privatrechtes, sondern das Gericht ist auch verpflichtet, für klare Handlungen zu sorgen (§ 182 Z. P. O.) und hiedurch wieder jenes Bedürfnis zu verringern, dem die §§ 871 ff. a. b. G. B. für das Privatrecht dienen. So sind denn Diskrepanzen zwischen dem Willen und der Erklärung im Prozesse selten. Kommen sie aber vor, so müssen sie um der höheren Prozeßzwecke willen ertragen werden. Denn der Prozeß verträgt eine Anfechtbarkeit der Prozeßhandlungen wegen Willensmängeln nicht. Hinter dem Privatrechte steht der Prozeß, geeignet und unter anderem auch dazu bestimmt, solche Willensmängel privatrechtlicher Erklärungen aufzudecken; was aber will man hinter den Prozeß stellen?[26])

e) Die Prozeßhandlungen sind actus, qui non recipiunt diem vel conditionem,[27]) da das Gesetz den Parteien eine solche Befugnis nicht einräumt. Das gilt in gleicher Weise für Willens- wie für Wissenserklärungen (§ 179 Z. P. O.). Es gibt also zwar eventuelle, das sind gehäufte Klagen,[28]) bei denen privatrechtlich ein Anspruch durch die Nichtexistenz des anderen bedingt ist; aber es gibt keine bedingten Klagen, bedingten Beweisanträge, bedingten Anbote bei der Versteigerung u. dergl. mehr; nur die Kompensationseinrede darf bedingt erhoben (siehe Anm. 28) und der gerichtliche Vergleich darf durch einen Parteieneid bedingt werden (§ 205 Z. P. O.). Auch Befristungen der Prozeßhandlungen durch die

---

[26]) Das Gewicht aller dieser Argumente ist nicht beachtet von Stroß, Versäumung und Wiedereinsetzung (G. Z. 1900 S. 225 ff.); Sintenis a. a. O. S. 392 ff.

[27]) Bülow, Geständnisrecht S. 290; Wittmaack im Arch. f. zivil. Praxis LXXXVIII. S. 75 Anm. 37; a. M. Wach i. e. l. LXIV. S. 250; Planck I. S. 319; Guttmann in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXIX. S. 433 ff.; teilweise a. M. Kisch a. a. O. S. 238; Messina S. 45.

[28]) Kompensationseinreden sind immer (es liege denn eine entgegenstehende Erklärung des Beklagten vor) eventuell, nämlich für den Fall erhoben, daß der Klaganspruch besteht; Gaupp-Stein I. S. 354 f.; Hellwig, Lehrbuch I. S. 243 ff.; a. M. Stölzel, Schulung für die zivil. Praxis II.; Urban in Jur. Vrtjschr. XXXIV. S. 12, deren Ansicht aber um der schleunigeren Prozeßerledigung willen mit den Interessen und Meinungen des Beklagten in einen unlösbaren Konflikt kommt; wären Stölzel und Urban im Recht, so müßten übrigens die Geklagten nur mit ihren Kompensationseinreden zurückhalten, bis der Klaganspruch festgestellt ist (§ 179 Z. P. O.), um sich vor Schaden zu hüten, womit die bekämpfte Ansicht wohl hinreichend widerlegt ist: sie erzielt nicht einmal die gewünschte Prozeßbeschleunigung. Aus ganz anderen Gesichtspunkten a. M. als der Text Klein, Vorlesungen S. 212 ff.; siehe darüber unten.

Parteien und Setzung derselben „mit Vorbehalt“ [29]) sind aus denselben Erwägungen unzulässig.

Für die privatrechtlichen Wirkungen [30]) des im Prozesse vorkommenden Vergleiches gelten diese Sätze nicht; diese richten sich nach dem Privatrechte. Darum darf die Erfüllung des gerichtlichen Vergleiches bedingt sein.

f) Die Prozeßhandlungen sind insgesamt unselbständiger Natur.[31]) Keine von ihnen vermag der Regel nach für sich allein eine privatrechtliche Wirkung hervorzurufen; sie bedürfen zu diesem Zwecke grundsätzlich der Mitwirkung des Gerichtes, sei es in Form von dessen Entscheidung, sei es (beim gerichtlichen Vergleich) in jener seiner Beurkundung: die Klage berührt den Anspruch als Klage nicht; erst das Urteil nimmt auf den Privatrechtsanspruch Einfluß. Stehen derart die Prozeßhandlungen hinter den Privatrechtshandlungen zurück, so gehen sie ihnen durch den Zusammenhang voran, der sie alle, die während eines Prozesses gesetzt sind, verbindet; sie alle sind bestimmt, die gerichtliche Entscheidung zu beeinflussen, sei es sie herbeizuführen, sei es ihren Inhalt zu bestimmen, sei es sie abzuhalten. Ausschließlich in dieser Zweckbestimmung sind sämtliche Prozeßhandlungen zugelassen; ausschließlich um ihrer willen sind sie erlaubt und verboten.

III. Die Prozeßhandlungen zerfallen in Handlungen im engeren Sinne und Erklärungen, die Erklärungen in Wissens- und Willenserklärungen. Andere Einteilungen der Erklärungen sind jene von Anton Menger in Mitteilungen und Nichtmitteilungen, von Wach in rechtserhebliches Handeln und Rechtsgeschäft, von v. Canstein in Anträge und Widersprechungen, von Klein in Anträge und Behauptungen.[32])

§ 75. Die Willenserklärungen.

I. Die Willenserklärungen zerfallen in Anträge und Dispositiverklärungen.

II. Die Anträge[1]) sind an das Gericht gerichtete Erklärungen der Partei des Inhaltes, das Gericht solle in der in der Erklärung ausgedrückten Art tätig werden;[2]) sie bezwecken also stets eine gerichtliche

[29]) Welche Bedeutung das Zuwiderhandeln hat, das ist nach den einzelnen Arten der Prozeßhandlungen verschieden.

[30]) Ehrenzweig, Einfluß des Rechtsstreites auf das streitige Recht (Grünhuts Zeitschr. XXV. S. 281 ff.); Kohler, Prozeßhandlungen mit Zivilrechtswirkung (Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXIX. S. 1 ff.).

[31]) A. M. vom Standpunkte des Anfechtungsrechtes Jaeger, Konkursordnung S. 273 f.

[32]) Die Literaturnachweise siehe bei R. Pollak, Gerichtliches Geständnis S. 24 ff.

[1]) Kohler, Prozeßrechtliche Verträge und Kreationen (Gruchots Beitr. XXXI.); Prozeßhandlungen mit Zivilrechtswirkung (Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXIX. S. 1 ff.); Ehrenzweig in Grünhuts Zeitschr. XVIII. S. 228 ff.; R. Pollak, Gerichtliches Geständnis S. 36 ff.; Alfred Schultze in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XIX. S. 349 ff.; Trutter, Zivilprozeßrecht S. 117 ff.

[2]) Ungenau, die Anträge mit den Dispositiverklärungen zusammenfassend Trutter S. 120: Anträge sind dem Gerichte gegenüber abgegebene Willenserklärungen. Unrichtig Wachtel S. 77: Anträge sind solche Gesuche, deren Erledigung eine mündliche Verhandlung

Tätigkeit, und zwar eine solche bestimmten Inhaltes: der Kläger z. B. verlangt ein Urteil, und zwar ein solches, das ihm Recht gibt. Der Antrag muß bestimmt[3]) und ausdrücklich gestellt sein; das erstere folgt aus den §§ 179, 182 Z. P. O., das letztere aus der Natur der Sache; unbestimmte Anträge erzeugen aber doch eine gewisse gerichtliche Tätigkeit (§ 84 Z. P. O.), während es stillschweigende im Prozesse nicht gibt. Der Antrag hängt nicht (wie die privatrechtliche Offerte) von der Annahme durch den Gegner[4]) oder von einer solchen durch das Gericht ab; er wirkt durch seine Stellung.[5]) Er kann zurückgenommen, abgeändert und ersetzt werden, insolange er noch keine richterliche Tätigkeit ausgelöst hat; für manche Anträge dauert diese Befugnis noch viel länger, so für die Klage bis zur ersten mündlichen Verhandlung (§ 237 Z. P. O.), für den Exekutionsbewilligungsantrag bis zum Exekutionsvollzug (§ 39 Z. 6 E. O.). Die Form der Anträge ist außerhalb der mündlichen Verhandlung im Erkenntnisverfahren der Schriftsatz oder das ihn ersetzende Protokoll (§ 74 Z. P. O.), im Exekutions- und Sicherungsverfahren unter Umständen auch der einfache Aktenvermerk (§§ 53, 55 E. O.); innerhalb der mündlichen Verhandlung muß der Antrag mündlich gestellt werden, worauf er in der Regel[6]) im Verhandlungsprotokolle beurkundet wird (§§ 208 Z. 2, 451 Z. P. O.). Der Antrag bedarf der Begründung nur tatsächlich, nicht auch nach dem Gesetze; das heißt er bezweckt auch ohne Begründung die Hervorrufung richterlicher Tätigkeit bestimmten Inhaltes, und er ist hiezu zum Teile immer, zum Teile unter Umständen geeignet (siehe unten). Das Verfahren über Anträge ist nicht einheitlich geregelt, beruht aber in der Regel auf dem Grundsatze des beiderseitigen Gehörs vor der Entscheidung; wichtige Ausnahmen hievon sind die Klagen im Urkundenprozesse (§ 548 Z. P. O.), der Antrag auf Beweissicherung bei Gefahr im Verzuge (§ 386 Z. P. O.), auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (§ 397 E. O.), auf Exekutionsbewilligung[7]) (§ 3 E. O.). Die Wirkung ausdrücklicher Anträge ist immer die Hervorrufung einer gerichtlichen Tätigkeit, wenn auch nicht immer mit dem vom Antragsteller gewünschten Inhalte (arg. §§ 275, 404 Z. P. O.). Jeder solche Antrag muß also er-

---

oder wenigstens eine Einvernahme des Prozeßgegners bedingt.

[3]) A. M. Urban in Jur. Vrtjschr. XXXIV. S. 19 f. für die Kompensationseinrede. — Wann ein Antrag hinreichend bestimmt sei, kann nicht allgemein gesagt werden; für Leistungsklagen muß die geforderte Leistung genau, bei Geldleistungen ziffermäßig (Ausnahme: Art. XLII Abs. 3 Einf. Ges. zur Z. P. O.) angegeben sein, bei Feststellungsklagen nicht immer, da es hier keine Exekution gibt (vergl. die während des Druckes erschienene Schrift von Stein, Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes S. 128 ff.); bei Anträgen auf die Exekutionsbewilligung hängt das erforderliche Maß an Bestimmtheit zum Teile von der Art der Exekutionsobjekte ab u. s. f.

[4]) Doppelanträge sind etwas anderes als Antrag und Annahmeerklärung.

[5]) R. Pollak S. 39.

[6]) Ausnahmen: wenn der Antrag zulässigerweise zurückgezogen, wenn ihm vor Schluß der Verhandlung Folge gegeben ist, wenn er für den Gang oder die Entscheidung des Prozesses ohne Erheblichkeit ist (§ 206 Z. 2); weitere Ausnahmen siehe im § 451 Z. P. O. und unten im § 85.

[7]) Subausnahmen §§ 11, 91 E. O.

ledigt, demnach entweder bewilligt oder zurückgewiesen werden; die Zurückweisung kann eine solche zur Verbesserung (§ 84 Z. P. O.) sein,[8]) oder eine dilatorische (so daß er zu anderer Zeit, unter anderen Umständen wieder erhoben werden kann) oder eine peremptorische. Welche dieser vier einander ausschließenden Eventualitäten eintritt, das hängt von der Form und dem Inhalte des Antrages, häufig auch von seiner Begründung ab, nur ausnahmsweise von der Stellung, welche der Prozeßgegner zu dem Antrage nimmt. Bisweilen allerdings fordert das Gesetz übereinstimmende Anträge (§§ 129, 446, 478, 496 Z. P. O.; § 214 E. O.), bisweilen auch die Zustimmung des Prozeßgegners.

Die Einteilung der Anträge pflegt in Sach- und Prozeßanträge zu erfolgen; zu den letzteren zählen die Beweisanträge, während die Rechtsmittel in beide Gruppen übergreifen. Sachanträge nennt man jene, mit denen die Rechtsschutzansprüche geltend gemacht oder deren Verneinung verlangt wird (z. B. Klagen, Exekutionsanträge, Anmeldungen zum Meistbote); alle anderen Anträge sind Prozeßanträge. Die Beweisanträge beziehen sich niemals auf die Sach- oder auf (andere) Prozeßanträge, sondern stets nur auf deren Begründung; sie sollen dem Gerichte eine Tätigkeit (die Beweisaufnahme) aufnötigen, durch deren Resultate es die Überzeugung[9]) von der Richtigkeit der Begründung gewinnt; infolge dieser Überzeugung soll dann nicht nur die gerichtliche Entscheidung, sondern jene des vom Antragsteller gewünschten Inhaltes ergehen (§§ 266 ff. Z. P. O.; § 55 E. O.). Die Rechtsmittel[10]) haben den Zweck, die Garantien der richtigen Rechtsprechung zu erhöhen und überdies die Einheit der letzteren zu sichern; darnach hat man darunter zu verstehen die Anträge, durch welche die Aufhebung oder Abänderung einer formell oder sachlich unrichtigen gerichtlichen Entscheidung (sei es eines Sach-, sei es eines Prozeßantrages) verlangt wird. Ist keine Entscheidung erflossen, so gibt es auch kein Rechtsmittel,[11]) so daß die Justizverweigerung und Justizverzögerung nicht durch ein solches beseitigt werden kann, sondern nur durch eine form- und fristenlose Aufsichtsbeschwerde (§ 78 G. O. G.). Ist die erflossene Entscheidung richtig, so kann sie zwar auch der Aufhebung oder Abänderung unterliegen, z. B. weil neue Tatsachen zum alten Tatbestande hinzukamen (§§ 35, 36, 39 Z. 6 E. O.) oder weil die Ausführung der Entscheidung ordnungswidrig war (§§ 37, 39 Z. 2 E. O.); aber auch hier stehen, wie die obige Zweckbestimmung ergibt, keine Rechtsmittel,[12]) sondern andere Rechtsbehelfe (Anträge, Klagen, Widersprüche

[8]) Wenn der Antrag derart unbestimmt ist, daß er gar nicht ordnungsmäßig behandelt werden kann.

[9]) Das ist ungenau ausgedrückt; die Korrektur bleibt der Beweislehre vorbehalten.

[10]) v. Schrutka, Freigebung II. S. 101 ff.; Trutter S. 219; Ullmann S. 139; Wach, Vorträge S. 243 ff.

[11]) Darum muß das — nicht vereinbarte — Ruhen des Verfahrens (§ 170 Z. P. O.) verkündet, und es müssen hievon die Parteien auch in den im § 137 G. O. ausgenommenen Fällen verständigt werden.

[12]) Ullmann S. 139; a. M. v. Schrutka, Trutter a. a. O., welche von dem Erfordernisse der Unrichtigkeit der Entscheidung absehen,

[§ 83 E. O.]) zur Verfügung. Die Rechtsmittel sind insgesamt an Notfristen gebunden, zerfallen in ordentliche und außerordentliche; die ersteren beschreiten den Instanzenzug, sind also devolutiv,[13]) die letzteren sind nicht devolutiv. Nur die ersteren nennt das Gesetz „Rechtsmittel" und begreift darunter taxativ[14]) die Berufung, die Revision und den Rekurs; für die außerordentlichen Rechtsmittel fehlt es dem Gesetze an einem terminus, der die hiehergehörigen Rechtsbehelfe der Vorstellung (§ 516 Z. P. O.), Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage[15]) (§§ 529 ff. Z. P. O.) zusammenfassen würde.

Jeder Zivilprozeß ist von Anträgen abhängig; insbesondere gibt es keinen solchen ohne einen Sachantrag: wo kein Kläger, da kein Richter. Aber das Maß der Abhängigkeit eines Zivilprozesses von den Parteianträgen kann sehr verschieden sein und hängt im wesentlichen von dem Grade ab, in welchem die Verhandlungsmaxime das Verfahren beherrscht. Je mehr dies der Fall ist, desto weniger handelt das Gericht aus eigenem Antriebe, „von Amts wegen", sondern läßt sich von Schritt zu Schritt durch Anträge vorwärtstreiben; je weniger der Gesetzgeber von der Bedeutung der Verhandlungsmaxime überzeugt ist, desto häufiger emanzipiert er das Gericht von den Parteianträgen. Das letztere ist so ziemlich der Standpunkt des österreichischen Rechtes, welches allerdings hinsichtlich der Sachanträge und Rechtsmittel notwendigerweise, aber auch hinsichtlich der Beweis- und mancher anderer Anträge zum Teile auf dem früheren Standpunkte geblieben ist: ohne den Sachantrag des Rechtsschutzwerbers keine Einleitung des Verfahrens, ohne Rechtsmittel keine Überprüfung der Entscheidung, ohne Beweisantrag kein Zeugen- und Urkundenbeweis; in anderen Punkten bedarf es häufig keiner Anträge mehr, so z. B. nicht zur formellen Prozeßleitung, zur Zulassung des Beweises durch Sachverständige, Augenschein, Parteivernehmung.

III. Dispositiverklärungen[16]) sind solche Prozeßhandlungen, welche als Parteiwillenserklärungen nicht eine gerichtliche Tätigkeit provozieren, sondern entweder eine solche verhindern oder nur auf die Form oder den Inhalt der eintretenden gerichtlichen Tätigkeit einen Einfluß nehmen sollen; als Beispiele für diese drei Gruppen dienen die Vereinbarung des Ruhens des Verfahrens (§ 168 Z. P. O.), die Rüge einer

---

daher z. B. auch die Widerspruchsklage des § 37 E. O. als Rechtsmittel bezeichnen.

[13]) Keine Ausnahme bildet § 522 Z. P. O.

[14]) Das kann für die Zivilprozeßordnung nicht zweifelhaft sein (siehe Überschrift zu § 461 Z. P. O.); a. M. Pfaff-Schey Nr. 528; über den terminus „Rechtsmittel" im § 1 Synd. Ges. siehe S. 235 Anm. 40. In einem weiteren Sinne verwendet den terminus § 32 Gew. Ger. Ges.

[15]) Nicht auch: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (a. M. Trutter S. 219, anscheinend Ullmann S. 139), Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl, Widerspruch des § 83 E. O., Einwendungen gegen den Zahlungsauftrag.

[16]) Bülow im Arch. f. zivil. Praxis LXIV. S. 1 ff.; Ehrenzweig in Grünhuts Zeitschr. XVIII. S. 228 ff.; Trutter, Prozessualische Rechtsgeschäfte; derselbe, Zivilprozeßrecht S. 122 ff., letzterer durchaus abweichend vom Texte; R. Schmidt, Lehrbuch S. 279 ff.

Formverletzung (§ 196 Z. P. O.), der Anspruchsverzicht (§ 394 Z. P. O.). Wie die Anträge, müssen auch die Dispositiverklärungen an das Gericht gerichtet sein, um eine prozessuale Bedeutung zu erlangen; aber zum wesentlichen Unterschiede von den Anträgen steht dem Gerichte ihnen gegenüber so gut wie keine Prüfung zu. Das Prüfungsrecht der Gerichte, welches sich bei den Anträgen auf die Form und den Inhalt bezieht, ist nämlich bei den Dispositiverklärungen auf die Form beschränkt; darum bedürfen auch die Dispositiverklärungen niemals einer Begründung, wie die Anträge sie in der Regel brauchen. Jene sind eben die Ausübung von Parteirechten; sie bewegen sich auf jenem Teile des Prozesses, welcher das Gebiet der Parteiherrschaft darstellt. Aus diesen Sätzen folgt schon, daß das Zivilprozeßrecht eine Dispositiverklärung ausdrücklich zulassen muß, damit sie gültig sei; die Partei hat ja im Zivilprozesse nur jene Rechte, welche ihr das Gesetz zuweist. Für die Dispositiverklärungen ist das Terrain ausschließlich das ergänzende Zivilprozeßrecht, und auch hier sind sie mehrfach beschränkt. Zwar hängt ihre Zulassung immer nur vom Gesetze, nie vom gerichtlichen Ermessen ab; aber sie steht nicht immer *einer* Prozeßpartei zu. Vielmehr unterscheidet man einseitige, zweiseitige und ungleich zweiseitige Dispositiverklärungen, je nachdem das Gesetz der Erklärung einer Partei, der übereinstimmenden Erklärung beider Parteien oder der Erklärung einer Partei verbunden mit dem widerspruchslosen Verhandeln oder Verhalten der anderen die rechtliche Bedeutung beilegt (siehe S. 117 f.). Der ersten und zweiten Gruppe entsprechen im Privatrechte das durch Abgabe bindende Versprechen und der Vertrag, während der dritten Gruppe nichts im Privatrechte gleichkommt. Denn ihr Tatbestand ist die Erklärung einer Partei verbunden mit der Versäumnis einer ablehnenden Erklärung durch die verhandelnde andere Partei; aus welchem Grunde diese Versäumnis erfolgte, ist aber gleichgültig — wodurch diese Dispositiverklärungen in direkten Gegensatz zu den auf § 863 a. b. G. B. gestützten Willenserklärungen treten.

Die *Wirkung* der Dispositiverklärungen im Prozesse tritt ein, sobald ihr Tatbestand vollendet vorliegt. Einer Annahme der Erklärung durch das Gericht bedarf es nie, einer solchen durch den Gegner bei einseitigen oder ungleich zweiseitigen auch nicht (§ 472 Abs. 2 Z. P. O.). Die Wirkung der Dispositiverklärung hängt auch nicht davon ab, daß ein Antrag auf ihre Verwirklichung gestellt wird. Zwar verlangen das die §§ 394, 395 Z. P. O. für das Anerkenntnis und den Verzicht. Aber das bedeutet nur, daß der Prozeß ohne diesen Antrag nicht fortgesetzt werden kann, daß also durch seine Unterlassung das Ruhen des Verfahrens eintritt; das Anerkenntnis und der Verzicht aber behalten auch im ruhenden Verfahren ihre prozessuale Bedeutung, was sich bei der Fortsetzung des Verfahrens zeigt. Diese Wirkung der Dispositiverklärungen tritt auch wider den Willen selbst beider Prozeßparteien ein, wenn ihr Tatbestand vollendet ist (z. B. die Fristverkürzung, der Rechtsmittelverzicht); sie können darum nach diesem Zeitpunkte nicht zurückgenommen werden. Hievon ist nur für jene Dispositiverklärungen eine

Ausnahme zu machen, welche (wie der Vergleich, Verzicht, die Kompensations-, Anfechtungseinrede, der Anspruch der Hypothekargläubiger auf Barzahlung nach § 171 E. O.) die Rechtsschutzansprüche unmittelbar betreffen; deren einverständliche Rücknahme ist nach dem Prinzipe des Zivilprozeßrechtes jederzeit zulässig, die Verfügung über die Rechtsschutzansprüche den Parteien zu überlassen; deren einseitige Rücknahme ist nur dann wirkungsvoll, wenn aus der Erklärung dem Gegner — was nur ausnahmsweise der Fall sein kann — kein Recht erwuchs.

Die von der Literatur sehr wenig beachtete[17]) Frage darnach, ob Dispositiverklärungen auch eine privatrechtliche Wirkung haben, ist für den gerichtlichen Vergleich zu bejahen (siehe § 81), für alle anderen aber zu verneinen. Das prozessuale Anerkenntnis, die prozessuale Kompensationserklärung, der prozessuale Anspruchsverzicht bedeuten also nur im Prozesse und nur durch den Prozeß etwas; ruht der Prozeß, so entbehren sie zeitweilig, ist er nichtig, dauernd der rechtlichen Bedeutung; ein Privatrechtstitel kann in ihnen nie gefunden, eine Klage nie auf sie gestützt werden. Hat ein Hypothekargläubiger gerichtlich nach § 171 E. O. die Schuldübernahme durch den Ersteher gefordert, so wirkt diese Erklärung nur für dieses (§ 139 E. O.) Exekutionsverfahren, und nur wenn es gültig ist. Diese in der Praxis arg verkannten Sätze ergeben sich gleichmäßig aus dem Zivilprozeß- und dem Privatrechte. Für das erstere ist der Nachweis auf S. 354 ff. erbracht. Darnach dient der Prozeß weder im ganzen[18]) noch im einzelnen seiner Handlungen[19]) rechtsgeschäftlichen Zwecken; ein Mißbrauch seiner Formen und Handlungen kann darum keine anderen als die gesetzlichen Wirkungen, nämlich solche im Prozesse haben. Für das Privatrecht aber ist festzuhalten, daß es seine Rechtsgeschäftsformen taxativ normiert, und daß unter ihnen die Prozeßhandlung nicht vorkommt; es ließe sich darnach nicht rechtfertigen, der mißbräuchlich verwendeten Prozeßform eine weder vom Prozeß- noch vom Privatrechte gewollte privatrechtliche Wirkung zuzubilligen. Will eine Partei ex occasione processus eine privatrechtliche Erklärung abgeben, so hat sie dafür die privatrechtlichen Formen, insbesondere also die Erklärung von Mann zu Mann zu wählen; die Prozeßhandlung ist hiezu ebensowenig geeignet, als das Verhandlungsprotokoll berufen ist, privatrechtliche Erklärungen zu beurkunden.[20])

IV. Von einer Aufzählung oder anderweitigen Gruppierung, als es sub III geschehen, kann bei der Mannigfaltigkeit der Dispositiverklärungen hier keine Rede sein; sie werden darum an den einzelnen Stellen des

[17]) Dies hat auch R. Schmidt S. 284 konstatiert. Soviel zu ersehen ist, finden sich hiehergehörige Erörterungen bei Ehrenzweig in Grünhuts Zeitschr. XVIII. S. 228 ff. und XXV. S. 247 ff.; Kahane in Jur. Vrtjschr. XXIV. S. 1 ff.; Kohler im Arch. f. zivil. Praxis (Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXIX. S. 1 ff.), diese zwei vom Texte abweichend; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 157 ff., dem Texte näher stehend.

[18]) Anders bekanntlich der römische Prozeß; Ihering, Geist des römischen Rechtes I. S. 220 ff.

[19]) Ausgenommen ist auf Grund des § 1 E. O. der gerichtliche Vergleich.

[20]) Hiegegen fehlt die Praxis beständig.

Systems besprochen, zu denen sie gehören. Hier mag nur noch auf zwei Gruppen derselben — eine dritte, die sogenannte rechtsgeschäftliche, ist sub III erwähnt worden — hingewiesen werden; es sind die Rügen und Widersprüche. Die Rügen richten sich gegen die Form, die Widersprüche gegen den Inhalt der gerichtlichen Tätigkeit. Der erste terminus wird nur im § 196 Z. P. O. verwendet, während der terminus „Widerspruch" zur Bezeichnung anscheinend ganz verschiedener, aber durch den gemeinsamen Zweck des Protestes gegen einen bestimmten Inhalt der gerichtlichen Tätigkeit zusammengehaltener Erklärungen dient; diese sind der Widerspruch gegen den Protokollsinhalt (§ 212 Z. P. O.), gegen den Tatbestand (§§ 444, 445, 448 Z. P. O.), gegen die Erteilung des Zuschlages (§ 184 E. O.), gegen den Inhalt eines Meistbotverteilungsbeschlusses (§ 213 E. O.) oder des Beschlusses auf Verteilung der Ertragsüberschüsse einer Zwangsverwaltung (§ 128 E. O.), gegen die Erlassung einstweiliger Verfügungen (§ 397 E. O.), gegen die Exekutionsbewilligung auf Grund ausländischer Exekutionstitel[21]) (§ 83 E. O.). In diesen Zusammenhang gehörten auch die freilich keine Dispositiverklärungen darstellenden Klagen der §§ 37, 258 E. O.

§ 76. Die Anspruchserhebung.

I. Sie ist Parteisache, nicht Gerichtssache. Ne procedat iudex ex officio, ist ein Rechtsgrundsatz, welcher, sonst vielfach in seinem Bestande erschüttert, auf die Geltendmachung der Rechtsschutzansprüche noch immer paßt. Von ganz geringfügigen Ausnahmen abgesehen, ist es Sache des Rechtsschutzwerbers, ob er und welche Ansprüche er geltend machen will (Dispositionsmaxime). Dieser Satz beruht auf der Erwägung, daß ein Eingreifen von Amts wegen zur Wahrung der Privatrechtsansprüche eine unerträgliche Bevormundung bedeuten und wegen des erforderlichen Beamtenheeres ganz undurchführbar sein würde, und daß überdies die Wahrung der Privatrechte den Berechtigten als Interessenten wohl überlassen werden kann (Selbstverantwortlichkeit der Parteien; S. 101). Nur ausnahmsweise treffen diese Erwägungen nicht zu. Da entzieht dann der Staat die betreffenden Rechtsschutzansprüche dem Zivilprozesse und weist sie einem offiziosen Verfahren zu; oder er gibt dem Berechtigten oder seinem Vertreter, z. B. dem Vormund oder Masseverwalter, außerhalb des Zivilprozesses Anweisungen, Befehle zur Wahrung dieser Rechte. Nur ganz ausnahmsweise werden zivilprozessuale Rechtsschutzansprüche von Amts wegen gewahrt; diese Ausnahmen sind in den §§ 458 Z. P. O.; 118, 127, 210, 285 E. O. enthalten (siehe auch IV b), während die §§ 55, 391 Z. P. O., § 234[1]) E. O. nur scheinbare Ausnahmen darstellen.

---

[21]) Vergl. Stein, Bindende Kraft S. 17.

[1]) A. M. Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 171: hier liege eine wahre Ausnahme vor. Allein der Fall ist jenem des § 391 Z. P. O. gleich.

Die Geltendmachung der Rechtsschutzansprüche kann vom Prozeßgerichte niemals anbefohlen und niemals verhindert werden; wer unter Beobachtung der Rechtsvoraussetzungen einen Rechtsschutzanspruch erhebt, darf verlangen, daß darüber verfahren und entschieden werde. Der Stellung des Gerichtes ist hier jene des Angegriffenen, z. B. des Beklagten, Verpflichteten gleich. Auch er kann die Erhebung von Rechtsschutzansprüchen weder befehlen noch verhindern (S. 189 ff.), weder durch seine Handlungen noch durch seine Versäumnisse. Nur ausnahmsweise bedarf der Angreifer zum Angriffe oder zur Rücknahme desselben der Zustimmung des Angegriffenen, z. B. zu manchen Klagänderungen und Klagrücknahmen (§§ 235, 237 Z. P. O.); diese Ausnahmen haben in den Erwägungen der Prozeßökonomie ihren Grund.

Die Erhebung der Rechtsschutzansprüche ist an drei Voraussetzungen geknüpft: an jene der Prozeßvoraussetzungen, der Erhebung vor Gericht, der Individualisierung des Anspruches. Wer gegen eine dieser Voraussetzungen verstößt, muß befahren, daß durch diesen Verstoß sein Rechtsschutzanspruch selbst, das Erlangen einer ihm günstigen Entscheidung, wenn schon nicht immer der Entscheidung überhaupt gefährdet wird. Zwar droht diese Gefahr nicht gleichmäßig bei jeder dieser Voraussetzungsgruppen, und innerhalb jeder Gruppe nicht gleich in jedem einzelnen Falle: bald wird die Einleitung des Verfahrens verweigert (§ 477 Z. P. O.); bald wird das Verfahren zwar eingeleitet, aber keine Entscheidung über den Anspruch gefällt (siehe §§ 6, 7 Z. P. O.); bald lautet die Entscheidung lediglich wegen des Voraussetzungsmangels ablehnend, z. B. bei einer mangelhaften Anspruchsindividualisierung; bald ist der Mangel auf den Inhalt der Entscheidung einflußlos. Aber allen Voraussetzungen ist doch gemeinsam, daß sie einen Teil des Prozeßformalismus darstellen, welchem der Rechtsschutzwerber entsprechen muß, will er die günstige Rechtsschutzanspruchs-Entscheidung nicht gefährden (vergl. S. 124). Hierin liegt natürlicherweise eine erhebliche Freiheitsbeschränkung der Rechtsverfolgung; wer sich in den Maschen des Prozeßformalismus verfängt, läuft Gefahr, um dessenwillen, also um eines Formfehlers willen um sein „gutes Recht", das heißt um seinen Rechtsschutzanspruch zu kommen. Aber diese Gefahr muß jedermann um des geordneten Geschäftsganges der Gerichte und der Rechtssicherheit willen auf sich nehmen; diese Formvorschriften sind demnach Rechtssätze wie jene des materiellen Rechtes, mit Unrecht von den Laien niederer gewertet.

Ueber die Prozeßvoraussetzungen siehe S. 125 ff.

Die Anspruchserhebung von Partei zu Partei ersetzt jene vor dem Gerichte nicht, die Mahnung nicht die Klage. Ein Anspruch ist erst dann gerichtlich geltend gemacht, wenn seine Befriedigung vom Gerichte gefordert ist; dagegen wird in der überwiegenden Regel für die Wirkungen der Anspruchserhebung nicht gefordert, daß der Angegriffene von dieser Geltendmachung verständigt sei (§ 77).

Der Rechtsschutzanspruch muß individualisiert erhoben sein; es genügt nicht, das Gericht um Hilfe zu bitten, man muß auch sagen, für welchen

bestimmten Rechtsschutzanspruch. Für diese Individualisierung des Rechtsschutzanspruches kann ein Gesetz drei Maßstäbe aufstellen: die Bezeichnung der geforderten Leistung; die Individualisierung des Gegenstandes des Rechtsschutzanspruches; die Spezialisierung dieses Gegenstandes. Der erste Maßstab bedarf keiner Erklärung; der zweite und dritte, beide erhöhte Anforderungen als der erste stellend, unterscheiden sich folgendermaßen voneinander: Die Individualisierung gibt neben der Leistung noch ihren Rechtsgrund und jene örtlichen, zeitlichen, sachlichen und persönlichen Momente an, welche diesen Gegenstand des Rechtsschutzanspruches von allen gleichartigen und allen aus demselben Rechtsverhältnisse entspringenden Gegenständen abheben; wie weit man hierin gehen müsse, um zur Individualisierung zu gelangen, ist eine quaestio facti,[2]) und nur als Beispiel wird darum hervorgehoben, daß ein dingliches Recht auch ohne die causa expressa,[3]) eine Obligation aber stets nur mit der causa expressa, ein Anfechtungsanspruch nach dem Gesetze vom 16. März 1884 Nr. 36 sogar erst dann individualisiert ist, wenn er den Tatbestand eines bestimmten der im Anfechtungsgesetze genannten Anfechtungsgründe enthält.[4]) Die Substantiierung eines Anspruchsgegenstandes geschieht durch eine vollständige Geschichtserzählung (Tatbestandsdarstellung) wenigstens der rechtserzeugenden Tatsachen, wenn auch allenfalls ohne die Angabe des Rechtsgrundes. Darnach stehen die Individualisierung und die Substantiierung nicht im Verhältnisse von minus zu plus zueinander, sondern in jenem zweier einander schneidender Kreise. Unter den drei Individualisierungsformen des Rechtsschutzanspruches hat die Praxis stets eine Vorliebe für die erste, also für jene gehabt, welche sich mit der Bestimmung der Leistung begnügt;[5]) denn diese Form ist für den Angreifer sehr bequem. Allein sie genügt für eine sachgemäße Prozeßführung nicht. Nicht nur, daß sie den Angegriffenen im Unklaren darüber läßt, aus welchem Grunde von ihm gefordert wird, und daß sie hiedurch im Verfahren Weitwendigkeiten heraufbeschwört, welche bei den anderen Individualisierungsformen vermieden bleiben, so ermöglicht sie die Verfassung einer deutlichen Entscheidung nicht, schafft darum in den Privatrechtsverhältnissen Verwirrung, erschwert bei späteren Prozessen die Ermittlung der Streithängigkeit, der Rechtskraft u. s. f. Diese fahrlässige Praxis fand denn auch weder im früheren noch im jetzigen Rechte eine Stütze, sondern nur in einer kaum erklärlichen Konnivenz der Gerichte.

Der schriftliche Prozeß des J. R. A. und der allgemeinen Gerichtsordnung[6]) verlangte sogar bestimmt und ausdrücklich die Substantiierung des Anspruchsgegenstandes, das geltende Zivilprozeßrecht verlangte seine

---

[2]) Z. E. Nr. 237, 269; O. Fischer, Das Problem der Identität und Neuheit (1893); Hellwig, Anspruch und Klagrecht (1900) S. 77 ff.

[3]) A. M. v. Fürstl I. S. 379.

[4]) A. M. wohl Z. E. Nr. 40.

[5]) O. G. H. in Jur. Bl. 1898 S. 522; R. Pollak in Grünhuts Zeitschr. XXII. S. 510 ff.

[6]) R. Pollak, Form und Rechtskraft des Zivilurteiles (in Grünhuts Zeitschr. XXII. S. 489 ff.).

Individualisierung.[7]) Für die Exekutionsanträge ist dies im § 54 E. O., für jene auf die Exekution zur Sicherstellung und Erlassung einstweiliger Verfügungen in den §§ 389, 402 E. O. deutlich ausgesprochen. Etwas unbestimmter sagt es § 226 Z. P. O. für Klagen; hier könnte man zweifeln, ob die Substantiierung oder die Individualisierung geboten ist, und den Zweifel verstärkt § 78 Z. P. O. durch sein Verbot der Rechtsausführungen, welches die Angabe des Rechtsgrundes auszuschließen scheint. Allein die Angabe des Rechtsgrundes ist durch § 235 Z. P. O. geboten, der sonst nicht von einer Änderung des (notwendigerweise rechtlich gefärbten) Klaggrundes sprechen könnte; die Angabe des Rechtsgrundes ist überdies eine Rechtsanführung und keine Rechtsausführung,[8]) daher nicht durch § 78 Z. P. O. getroffen; endlich ist die Vollständigkeit des Tatbestandes für die Klage nur instruktionell vorgeschrieben, da seine Vervollständigung bis zum Schlusse der mündlichen Streitverhandlung gestattet ist[9]) (§ 179 Z. P. O.). Verstöße gegen diese Individualisierungsnormen sind bei Exekutions- und Sicherstellungsanträgen, ferner bei nicht durch Advokaten überreichten Klagen von Amts wegen vor der sachlichen Erledigung wenn möglich zu beheben (§ 435 Z. P. O.); ist die Klage durch einen Advokaten eingebracht, so ist das Verfahren einzuleiten,[10]) da die ordnungsgemäße Geschäftsbehandlung der Klage nicht verhindert ist (§ 84 Z. P. O.), aber der Rechtsschutzanspruch ist, falls keine Verbesserung erfolgt, abzuweisen, und zwar selbst im Versäumnisverfahren.[11])

Der Rechtsschutzanspruch muß in einer der ausdrücklich zugelassenen Formen erhoben sein, unter denen der Regel nach (Ausnahmen §§ 408, 41 Z. P. O.) im Erkenntnisverfahren der Rechtsschutzwerber wählen darf.[12]) Gemeinsam ist allen diesen Formen mit Ausnahme der Anträge auf Kostenersatz (§ 482 Z. P. O.) und des nach seiner Analogie[13]) zu behandelnden auf Entschädigung nach § 408 Z. P. O., daß sie nur in der ersten Instanz verwendet werden können; hierin liegt eine kaum zu entbehrende Konzentrationsmaßregel.

II. Die Formen des Erkenntnisverfahrens.

a) Die Klage (§ 226 Z. P. O.); Klagen sind auch (im Falle der erhobenen Einwendung) die Aufkündigung, der Übergabs- und Übernahmsauftrag im Bestandverfahren[14]) (§ 571 Z. P. O.), ferner nach ihrem Wesen

[7]) v. Fürstl I. S. 349; R. Pollak, Zur Klagenverfassung (G. Z. 1898 S. 149); Z. E. Nr. 269; a. M. Neumann, Komm. I. S. 555; Wachtel S. 212; v. Canstein S. 27, 138; Demelius S. 383, 397; Trutter S. 45 (alle für die Substantiierung).

[8]) Einander entgegengesetzt Z. E. Nr. 98, 243.

[9]) A. M. gegen die herrschende Lehre Bloch, Zur Lehre vom Versäumnisverfahren S. 18 für den Kläger; Trutter in Jur. Bl. 1897 Nr. 2 f. für beide Parteien; zweifelhaft Z. E. Nr. 140.

[10]) A. M. v. Fürstl I. S. 349; Wachtel S. 212.

[11]) v. Wilmowsky-Levy, Komm. (zur dtsch. Z. P. O.) I. S. 354.

[12]) Vergl. das Berufungsgericht in Z. E. Nr. 118.

[13]) A. M. Klein, Vorlesungen S. 229 Anm. 2; siehe oben S. 95 f.

[14]) Pfaff-Schey Nr. 300.

[15]) Stein, Bindende Kraft S. 17.

die Anträge nach §§ 83,[15]) 168 Abs. 2, 394 E. O. Die Klage ist der solenne, notwendigerweise schriftliche Prozeßeinleitungsakt; was vor ihr liegt (siehe § 28 J. N.; § 433 Z. P. O.; S. 324), ist nur eine Vorbereitungshandlung für den Prozeß; sie zuerst und sie immer verlangt eine Urteilsanspruchsentscheidung, mag sie auf Leistung, Feststellung oder auf Rechtsgestaltung gerichtet sein; ohne Klage kein Erkenntnisverfahren, aber ohne Sachantrag keine Klage. Sie ist bei Gerichtshöfen mit Ausnahme der Schiedsgerichte der Arbeiterversicherungsanstalten (Art. XII Z. 5 Einf. Ges. zur Z. P. O.) und der Börsenschiedsgerichte (§ 76 des Statuts der Wiener Effektenbörse, § 51 des Statuts der Wiener Börse für landwirtschaftliche Produkte) stets mit einem Schriftsatz,[16]) also nie zu Protokoll oder in der mündlichen Verhandlung zu erheben (§ 79 Z. P. O.; § 56 G. O. G.); bei Bezirksgerichten, Bezirksgerichten für Handelssachen, Gewerbegerichten und Elbezollgerichten und den genannten Schiedsgerichten kann der Schriftsatz auch durch ein besonderes Protokoll (§ 434 Z. P. O.), nur mit Zustimmung des Gegners auch durch die Erhebung in der mündlichen Verhandlung und die Aufzeichnung im Verhandlungsprotokolle ersetzt werden (§ 439 Z. P. O.). Diese von Amts wegen zu beachtenden, aber verzichtbaren (§ 196 Z. P. O.)[17]) Normen über die Schriftlichkeit gelten gleichmäßig für alle Formen der Klage, für die gewöhnliche Leistungs- wie für die Nichtigkeits- und für die Widerspruchsklage; sie gelten darum lege non distinguente auch für die Widerklage,[18]) die also beim Gerichtshofe überhaupt nicht und beim Bezirksgerichte nur mit der Zustimmung des Gegners in der mündlichen Verhandlung erhoben werden darf. Mündliche Klagen, das sind solche, bei denen die mündliche Geltendmachung allein schon zur Verhandlung führt, sind also nur Ausnahmen (§ 439 Z. P. O.).

In jeder Klage muß ein Rechtsschutzanspruch geltend gemacht werden; aus sehr naheliegenden Rücksichten der Prozeßökonomie gestattet die Zivilprozeßordnung aber auch die Vereinigung mehrerer Ansprüche in derselben Klage, die sogenannte **Klagenhäufung**, und zwar sowohl als subjektive Klagenhäufung (Streitgenossenschaft; siehe S. 189 ff.) als auch als objektive[19]) (Klagenkumulation), bei der eine Mehrheit von Ansprüchen von demselben Kläger gegen denselben Beklagten geltend gemacht wird; von einer Klagenkumulation ist keine Rede dann, wenn für einen Anspruch mehrere Klaggründe geltend gemacht werden. Dabei gilt jede Verbindung von Ansprüchen (mögen sie in oder außer Zusammenhang miteinander stehen) in einer Klage als zulässig, bei der „für sämtliche Ansprüche das Prozeß-

---

[15]) Ausnahme: die Anträge nach den §§ 83, 168, 394 E. O. dürfen auch zu Protokoll erklärt werden (§ 53 E. O.); **Heller-Trenkwalder** S. 78, 326, 816 ff.

[16]) Ihre Verletzung begründet die Anwendbarkeit des § 496 Z. P. O. nicht.

[17]) **Demelius** S. 108 f.; **Trutter** S. 370 (die jedoch die Verbindung der Widerklage mit der Klagbeantwortung zulassen); a. M. Materialien I. S. 81 f.; v. **Schuster** S. 250 Anm. 8. Vergl. die §§ 226 Abs. 2 und 254 G. O.

[18]) Z. E. Nr. 132, 257; Pfaff-Schey Nr. 697.

gericht zuständig und dieselbe Art des Verfahrens zulässig ist" (§ 227 Z. P. O.); mit anderen Worten: die objektive Klagenhäufung begründet nie eine Zuständigkeit[20]) und ist auch undurchführbar, wenn für einzelne der zu kumulierenden Ansprüche ein anderes Verfahren als für die übrigen ausschließend zulässig ist oder vom Kläger gefordert wird. Diese zweite Norm ist praktisch von geringer Bedeutung, weil weder das Bagatell- noch das Besitzstörungsverfahren[21]) ein besonderes Verfahren darstellen, der Urkundenprozeß aber verzichtbar ist[22]) (verbo: „kann" im § 548 Z. P. O.); es bleibt somit als Begrenzung der Kumulierungsmöglichkeit da nur der Bestandprozeß.[23]) Dagegen ist die erste Beschränkung derselben durch die Zuständigkeitsgrenzen des Prozeßgerichtes wichtiger; nur ist auch ihr durch § 55 J. N. die Spitze abgebrochen (siehe S. 276). Wird unzulässigerweise kumuliert, so kann die ordnungsgemäße geschäftliche Behandlung der Klage gehindert sein; in diesem Falle ist ihre Verbesserung durch Teilung zu veranlassen (§ 84 Z. P. O.). Siehe S. 345.

b) Die Klagänderung ist ein Antrag auf Rückziehung eines Anspruches unter Ersetzung desselben durch einen neuen; sie kann freilich auch für andere Zwecke Verwendung finden (siehe § 79).

c) Der Feststellungsantrag[24]) (§§ 236, 259 Z. P. O.) ist im wesentlichen eine abgekürzte Klage oder Widerklage. Den Vorteil, welchen die Abkürzung, nämlich die Ersparung einer abgesonderten Klage dem Antragsteller bietet, muß dieser mit der Gefahr bezahlen, daß über seinen Feststellungsantrag vielleicht nicht entschieden wird. Seinen Gegenstand bilden, wie S. 9 auseinandergesetzt wurde, Feststellungsansprüche mit Ausnahme der auf Urkunden bezüglichen. Der Klage gegenüber hat der Feststellungsantrag den Vorteil, daß er mit minderer Förmlichkeit in der mündlichen Verhandlung eines anderen Prozesses[25]) erhoben werden kann, daß er also keinen besonderen Prozeß auslöst, darum auch weniger Prozeßkosten als eine Klage verursacht. Diesen Vorteilen stehen die auf S. 9 dargestellten Nachteile dieses Antrages gegenüber, der nicht nur nie zur Vollstreckbarkeit, sondern nicht einmal immer zur Entscheidung über den durch ihn geltend gemachten Rechtsschutzanspruch zu führen vermag.

d) Die Einrede der kompensablen Gegenforderung,[26]) die

---

[20]) Vergl. Pfaff-Schey Nr. 1180.

[21]) Ott in Grünhuts Zeitschr. XXX. S. 280; a. M. Schauer, Z. P. O. S. 514; aber die Zivilprozeßordnung behandelt das Bagatell- und das Besitzstörungsverfahren ganz gleichmäßig.

[22]) Dasselbe wird man ex ratione legis zwar nicht für das Verfahren nach § 83 E. O., wohl aber für jenes nach den §§ 168, 394 E. O. annehmen müssen.

[23]) Die Ehetrennungsprozesse der Juden bieten keine Besonderheit; siehe S. 112 Anm. 18.

[24]) v. Schrutka, Über die Präjudizialität als Voraussetzung des Zwischenantrages auf Feststellung (Zeitschr. f. Not. 1900 S. 73 ff.); Ott, Feststellungsklage (G. Z. 1899 S. 176); Klein, Vorlesungen S. 198 ff.; Z. E. Nr. 67, 253; Pfaff-Schey Nr. 593, 596.

[25]) Erfolgt auf die Klage ein Versäumnisurteil — nicht bloß ein teilweises Versäumnisurteil — so ist für den Feststellungsantrag kein Raum.

[26]) v. Schrutka, Die Richtigkeit der Forderungen als Voraussetzung der Kompensation (1900), woselbst die frühere Literatur; Klein, Vorlesungen (1900) S. 211; Urban, Die Kompen-

vierte Form der Anspruchserhebung des Erkenntnisverfahrens, steht bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung erster Instanz frei. Sie bietet der Klage gegenüber den Vorteil der einfacheren Erhebung in der mündlichen Verhandlung (also ohne Schriftsatz oder vorhergegangenes Protokoll), ohne Bindung an die Grenzen des Rechtsweges oder der Zuständigkeit oder einer bestimmten Verfahrensart; dafür trägt der Beklagte die Gefahr, daß nicht immer über sie entschieden und daß die Entscheidung selten vollstreckbar wird.

Alle Einreden bezwecken die Abweisung des Urteilsanspruches; grundsätzlich vermag keine eine Verurteilung des Klägers oder eine Rechtsgestaltung zu bewirken, es ist schon eine Ausnahme, wenn eine Einrede als rechtsverfolgende[27]) wenigstens die urteilsmäßige Feststellung erreicht, daß dem Beklagten hier ein Anspruch zusteht. Ob die Kompensationseinrede im früheren österreichischen Rechte diese Feststellungswirkung hatte, war strittig, und es war darum zweckmäßig, daß § 411 Z. P. O. bestimmte,[28]) bis zur Höhe des Urteilsanspruches sei auch „über den Bestand oder Nichtbestand einer . . .[29]) zur Kompensation geltend gemachten Gegenforderung" rechtskräftig, wenn überhaupt zu entscheiden; damit war unter Umständen ein eigener Prozeß über die Gegenforderung erspart. Aber § 391 Z. P. O. geht weiter; indem er zuläßt, daß über den mit der Klage geltend gemachten Urteilsanspruch früher mit einem der Rechtskraft und Vollstreckung fähigen (Teil-) Urteile entschieden werde, ehe die Gegenforderung bis zur Spruchreife geprüft ist, fügt er hinzu: „die Verhandlung über die Gegenforderung . . . ist fortzusetzen". Dadurch läßt er über die Gegenforderung Urteile zu, welche nicht bloß eine Feststellungs-, sondern je nach der Sachlage (wenn das Teilurteil im Exekutionsverfahren sich befindet) eine Rechtsgestaltungs- (§ 39 Z. 1 E. O.) oder (wenn auf dieses Teilurteil schon Befriedigung erfolgt ist) eine Vollstreckbarkeitswirkung haben; anderenfalls hätte die Fortsetzung der Verhandlung über die Gegenforderung keinen Zweck (§ 392 Abs. 1 Z. P. O.), da der Beklagte leisten muß, aber trotz des Urteiles über seine Gegenforderung weder Rückleistung noch Einstellung der Exekution erwirken

sationseinrede (Jur. Brtjschr. XXXIV. S. 1 ff.); Karplus, Über Kompensation vollstreckbarer Forderungen (Jur. Bl. 1902 Nr. 27 ff.).

[27]) Thon in Iherings Jahrbuch XXVIII.; Wach, Vorträge S. 105 ff.; R. Pollak, Form und Rechtskraft des Zivilurteiles (in Grünhuts Zeitschr. XXII. S. 523 ff.); Klein a. a. O.; a. M. v. Schrutka S. 20 ff.; Z. E. Nr. 10.

[28]) Seine Textierung ist nicht einwandfrei, weil sie dem Zweifel Raum läßt, ob nicht das Gericht über die ganze Gegenforderung „entscheiden" müßte, obwohl von dieser Entscheidung nur ein Teil rechtskräftig wird; tatsächlich verlangen die Fragenbeantwortung S. 67, Klein S. 214 diese „Entscheidung" über den den Klaganspruch übersteigenden Teil der Gegenforderung; dem kann nicht beigetreten werden, da es dem Wesen einer (den Anspruch etwa gar bejahenden) Entscheidung widerspricht, daß sie weder Rechtskraft noch Vollstreckbarkeit erlangen darf; wie Text Demelius S. 575; wohl auch v. Schrutka S. 25.

[29]) Das Gesetz sagt hier: „vom Beklagten"; dasselbe gilt auch, wenn der Kläger als Replik eine Gegenforderung zur Kompensation geltend macht.

könnte. Darnach liegt dem Gesetze nicht die Fiktion zugrunde, diese Einrede enthalte stets einen Feststellungsantrag,[30]) sondern jene, sie enthalte eine (unentwickelte) Widerklage,[31]) ohne daß übrigens das Gesetz trotz § 391 Z. P. O. der Widerklage diese Einrede ganz gleichstellen würde, da über jene stets, über diese keineswegs immer zu entscheiden ist, und da auch die Wirkungen der Entscheidungen differieren können.

Ihren Gegenstand bilden zur Kompensation erhobene Gegenforderungen, mag ihrer Erhebung im Prozesse eine außerprozessuale Kompensationserklärung vorausgegangen sein oder nicht. Zwar spricht § 391 Z. P. O. nicht von der Einrede der Kompensationsforderung, sondern von der „Einrede der Gegenforderung"; allein da nach § 411 Z. P. O. nur über die „zur Kompensation" geltend gemachte Gegenforderung rechtskräftig entschieden wird, ist es klar, daß es sich im § 391 Z. P. O. lediglich um eine durch die Weglassung der Worte „zur Kompensation" entstandene ungenaue Textierung handelt.[32]) Es ist wichtig, daran festzuhalten, daß es sich hier nur um die zur Kompensation erhobenen, aber nicht um alle Gegenforderungen handle; denn nur dies gibt den Leitstern bei der Auslegung des Schlußsatzes des § 391 Z. P. O. Es hat nämlich nach § 391 Z. P. O. den Anschein, als wenn über die Gegenforderung *jedenfalls* bis zur Höhe der Klagforderung rechtskräftig entschieden werden solle,[33]) als ob also diese Einrede einer Widerklage völlig gleich behandelt würde. Aber das ist nicht richtig, die Ersparung einer besonderen Klage und die erleichterte Möglichkeit der Rückziehung der Einrede gegenüber jener einer Klage hat auch Nachteile. Zu einer Sachentscheidung über die Einrede kommt es nämlich in zwei Fällen nicht. a) Der erste liegt dann vor, wenn der Klaganspruch ohne Rücksicht auf die Gegenforderung verneint wird; dazu kann es kommen, weil der Beklagte nur *kompensieren* will, weil man nur mit einem bestehenden Anspruche kompensieren kann, und weil darum der Klaganspruch erst feststehen muß, ehe die Frage der Kompensation vom Gerichte geprüft werden darf.[34]) Wird also der Klaganspruch verneint, so ist nicht „die Verhandlung über die Gegenforderung ... ohne Unterbrechung fortzusetzen" (§ 391 Z. P. O.); denn die Gegenforderung ist *zur Kompensation* erhoben (§ 411 Z. P. O.), somit in diesem Prozesse gegenstandslos geworden. Es ergeht in diesem Falle über den Klaganspruch auch nicht,

---

[30]) So v. *Schrutka* a. a. O. S. 21 ff., aus dem § 411 Z. P. O. dies ableitend; allein § 391 Z. P. O. behebt dieses Argument.

[31]) Praktische Konsequenzen der differierenden Konstruktion zeigen sich bei den Fragen nach der Zuständigkeit und Vollstreckbarkeit (oder Rechtsgestaltung).

[32]) v. *Schrutka*, Richtigkeit S. 19 Anm. 1; *Neumann*, Komm. I. S. 749; wohl auch Materialien I. S. 336; a. M. *Klein* S. 212 f.

[33]) *Klein* S. 213; *Urban* S. 8.

[34]) Die entgegengesetzte Meinung von *Stölzel*, Schulung für die zivilistische Praxis II. (siehe oben § 74 Anm. 28) hat mit Recht in der österreichischen Praxis trotz ihrer Bequemlichkeit für die Gerichte keinen Boden gefunden. Wie Text *Klein* S. 219; *Neumann*, Komm. I. S. 788; Materialien II. S. 323.

wie § 391 Z. P. O. als selbstredend supponiert, ein Teil-, sondern ein Endurteil.[35]) b) Der zweite Fall liegt folgendermaßen: wird der Klaganspruch bejaht, dann allerdings ist über die Gegenforderung zu verhandeln (§ 391 Z. P. O.). Aber man muß auch hier trotz der allgemein lautenden §§ 391 und 411 Z. P. O. unterscheiden. Steht für die Geltendmachung der Gegenforderung der Rechtsweg offen, so wird nicht nur über ihre Kompensabilität, sondern auch über ihren Bestand entschieden: wird auch die Kompensabilität verneint, so kann doch der Bestand bejaht werden[36]) (§§ 391, 411 Z. P. O.); hier steht dann die Einrede der Widerklage gleich und hierin liegt im wesentlichen die Fortbildung des geltenden Rechtes gegenüber dem früheren. Gehört dagegen die Gegenforderung (z. B. für Wildschaden) nicht auf den Rechtsweg oder ist sie unklagbar oder der sachlichen Zuständigkeit des Prozeßgerichtes unprorogierbar[37]) entzogen oder dürfte sie als Klaganspruch nicht in der betreffenden Verfahrensart (z. B. im Wechselprozesse) verhandelt werden, welches über den Klaganspruch eingeleitet wurde, oder ist schon rechtskräftig über sie entschieden (§ 240 Z. P. O.), so ist zwar über ihre Kompensabilität zu entscheiden, allein ihr Bestand ist hiefür nur die Vorfrage und darf keinen Teil einer Entscheidung bilden,[38]) da das Gesetz keinen Anhaltspunkt dafür bietet, daß hier die Grenzen des Rechtsweges oder der sachlichen Zuständigkeit oder der Zulässigkeit eines bestimmten Verfahrens erweitert, oder die Normen über die Unklagbarkeit oder Rechtskraft aufgehoben seien. Bei der ersten Eventualität hebt also — bei getrennten Verhandlungen — das Endurteil entweder (bei festgestellter Kompensabilität) das Teilurteil auf[39]) oder es enthält eine selbständige, vollstreckbare oder rechtsgestaltende Sachentscheidung; bei der zweiten ist das letztere unzulässig.

Im ganzen hat man es hier mit einer komplizierten Form der Anspruchserhebung zu tun, deren Zweck durch die Erhebung einer Widerklage stets und sicherer erreicht werden könnte, weil diese den Anspruch auf die Sachentscheidung gibt, die Einrede der kompensablen Gegenforderung nicht immer. Dennoch begründet auch diese Einrede die Streithängigkeit des Anspruches,[40]) weil sie eine Anspruchserhebung (wenn auch

---

[35]) v. Schrutka, Richtigkeit S. 29; Neumann, Komm. I. S. 749; Klein S. 215, Urban S. 10 f. halten sowohl das End- als auch das Teilurteil für zulässig. Die gleiche Textierung wie im § 391 Z. P. O. findet sich übrigens auch im § 393 Abs. 1 Z. P. O., der ein Zwischenurteil bei der Verneinung des Anspruchsgrundes für möglich hält; diese Textierung hat die Z. E. Nr. 15, 182 verursacht.

[36]) Hierin ist Klein gegen v. Schrutka zuzustimmen; denn hier sind die §§ 391, 411 Z. P. O. ohneweiters anwendbar.

[37]) v. Schrutka S. 25 macht in Konsequenz seiner Auffassung, das Gesetz fingiere hier einen Feststellungsantrag, diese Einschränkung nicht.

[38]) v. Schrutka S. 25 ff. Beck, Zehn Abhandlungen S. 1 ff. hält solche Einreden für unzulässig; teilweise a. M. als der Text Urban S. 7, 22.

[39]) v. Schuster S. 396 Anm. 5; a. M. Trutter S. 481 Anm. 1. — Ist dem Teilurteile inzwischen Genüge geschehen, so ist etwa nach § 39 Z. 1 E. O. vorzugehen; a. M. Wachtel S. 354.

[40]) Klein S. 217; Trutter S. 481; Demelius S. 394; a. M. v. Schrutka S. 22; Z. E. Nr. 10; Fragenbeantwortung S. 47 P. 3 (mit einer sicherlich nicht zu billigenden Begründung).

zweifelhaften Ausganges) ist, und ist andererseits unzulässig, wenn die Gegenforderung schon durch eine Klage streithängig ist.

e) Der Anspruch auf den Prozeßkostenersatz wird durch die Kostenliquidierung, auch ohne einen hinzugefügten Antrag, geltend gemacht (§ 54 Z. P. O.); der Antrag ohne Kostenliquidierung dagegen reicht, als nicht hinreichend individualisiert, nicht aus. Er entsteht für jede Instanz neu (§ 482 Z. P. O.). Der Anspruch auf die Entschädigung für eine mutwillige Prozeßführung (§ 408 Z. P. O.) kann durch einen Antrag geltend gemacht werden und ist nach § 391 Z. P. O. — § 408 Z. P. O. läßt im Stiche — mit Urteil zu entscheiden; ist der Antrag nicht gleichzeitig mit dem Klagantrage spruchreif, so ergeht über diesen ein Teil-, über jenen das Endurteil.[41])

III. Die Formen des Exekutionsverfahrens.

a) Der Antrag auf die Exekutionsbewilligung[42]) ist die Form der Geltendmachung des Vollstreckungsanspruches; er ist der notwendige Beginn des Exekutionsverfahrens: ohne Antrag keine Exekution (Ausnahme: § 118 E. O.). Der Antrag muß schriftlich sein, wie eine Klage einen individualisierten Anspruch geltend machen und hiebei insbesondere außer dem Exekutionstitel,[43]) dem Exekutionsgerichte und dem Verpflichteten auch die gewählte Exekutionsart (z. B. Pfändung, Zwangsverwaltung, Zwangsversteigerung) und die Objekte bezeichnen, auf welche der betreibende Gläubiger greifen will[44]) (§§ 7, 54, 69 E. O.); sind das etwa (für Geldforderungen) körperliche bewegliche Sachen, so genügt die Bezeichnung ihrer Art (z. B. als Hausgeräte); bei anderen Exekutionsobjekten muß die Individualisierung weiter gehen, bei Grundbuchsobjekten die Grundbuchsbezeichnung, bei Forderungen, mit Ausnahme jener des § 296 E. O., den Namen des Drittschuldners enthalten;[45]) in keinem Falle wird von der Individualisierung abgesehen.[46]) Sie ist durch den Grundsatz der Spezialexekution des österreichischen Rechtes, wenn auch nicht geboten, so doch veranlaßt: es ist nicht die Bewilligung der Exekution schlechthin, sondern jene einer bestimmten Exekutionsart auf bestimmte Exekutionsobjekte zu beantragen (S. 35 ff.).

Daraus ergibt sich schon die Konsequenz, daß eine Häufung der Exekutionsbewilligungsanträge auf Grund desselben Exekutionstitels bisweilen zulässig sein muß, da das Ergebnis der einzelnen Bewilligung nicht im vorhinein ermittelt werden kann. Die Häufung kann nacheinander, aber auch gleichzeitig (§ 14 E. O.) geschehen; sie ist jedenfalls insoweit beschränkt, als die Bewilligung der gehäuften Anträge nicht zu einer

[41]) A. M. Fragenbeantwortung S. 74: es ergehe über den Klaganspruch das End-, über den Entschädigungsanspruch ein Ergänzungsurteil.

[42]) Neumann, E. O. S. 52 ff.; Weißkopf in Grünhuts Zeitschr. XXVIII. S. 308.

[43]) Pfaff-Schey Nr. 1173. Siehe S. 25 ff.

[44]) Pfaff-Schey Nr. 889, 979.

[45]) Zu weit geht Pfaff-Schey Nr. 979; die zweite Instanz hatte da eher einen richtigen Weg beschritten.

[46]) Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 64; a. M. Weißkopf a. a. O.

„offenbaren" Überdeckung des betreibenden Gläubigers führen darf (§ 14 E. O.). Über die Wiederholung der Exekutionsbewilligungsanträge siehe § 4 I.

b) Die Anmeldung macht den Vollstreckungs- und Teilnahmeanspruch (S. 62, 139) geltend; durch diese wird die Befriedigung aus dem Ergebnisse eines Exekutionsverfahrens (dem Meistbote, den Ertragsüberschüssen) gesucht. Sie ist nicht für jedermann erforderlich, welcher einen solchen Befriedigungsanspruch geltend machen will; vielmehr werden die Ansprüche der aus dem Grundbuche oder den[47]) Exekutionsakten ersichtlichen (nicht betreibenden) Gläubiger von Immobilien (§ 210 E. O.) und stets jene der betreibenden Gläubiger (§§ 127, 210, 285, 315, 341 E. O.) bei der Verteilung des Exekutionserlöses von Amts wegen berücksichtigt. Hier werden also Rechtsschutzansprüche von Amts wegen gewahrt. Aber alle anderen Beteiligten, welche einen solchen Teilnahmeanspruch geltend machen wollen, müssen es bei sonstiger Präklusion (§ 211 Abs. 4 E. O.)[48]) spätestens bei der Verteilungstagsatzung dadurch tun, daß sie ihren Anspruch samt Nebengebühren (wenn es nach der Sachlage geht) ziffermäßig anmelden und ihn urkundlich beweisen (§§ 210, 211 E. O.).

IV. Im Sicherungsverfahren ist der Antrag die Form zur Geltendmachung des Sicherungsanspruches.

§ 77. Wirkung der Anspruchserhebung.

I. Man muß hier den Urteilsanspruch vom Vollstreckungs-, Sicherungs- und Teilnahmeanspruch unterscheiden. Beim Urteilsanspruch gibt das Gesetz nur Normen für den mit Klage geltend gemachten Rechtsschutzanspruch; diese sind daher zunächst zu entwickeln und es ist dann zu prüfen, inwieweit sie auf die anderen Fälle der Anspruchserhebung passen.

II. Die Klage[1]) hat prozessuale und privatrechtliche Wirkungen.

a) Es werden zunächst die ersteren besprochen. Diese knüpfen sich an drei Zeitpunkte, jenen der Klagerhebung, der Klagzustellung und der ersten mündlichen Verhandlung über die Klage.

Die Klagerhebung, „Anbringung der Klage"[2]) (§ 54 J. N.) ist mit dem Einlaufen der Klage bei der Gerichtsanstalt erfolgt. Nach ihr[3]) richtet sich die Prüfung der Zuständigkeit mit Wirkung für den ganzen Prozeß (§ 29 J. N.; S. 343 f.), nicht auch jene für die Zulässigkeit des Rechts-

[47]) O. G. H. vom 24. September 1901 Z. 12792, G. H. 1902 S. 363: ohne Rücksicht darauf, ob sie eine andere Exekution betreffen (?).

[48]) Z. E. Nr. 316.

[1]) Ehrenzweig, Einfluß des Rechtsstreites auf das streitige Recht (Grünhuts Zeitschr. XXV. S. 281 ff.); Ullmann S. 85 ff.; Trutter S. 68 ff.; Grawein, Verjährung und Befristung S. 115 ff.; R. Schmidt, Lehrbuch S. 831 ff.; Hellwig, Rechtskraft S. 331 ff.

[2]) Das Gesetz spricht auch von der Überreichung der Klage (§ 232 Z. P. O.), vom Anhängigmachen der Klage (§ 29 J. N.), wohl zu unterscheiden vom Rechtshängigwerden derselben.

[3]) Nicht nach der Streithängigkeit; a. M. Trutter S. 73; Ehrenzweig a. a. O. S. 292.

weges oder die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte überhaupt (§§ 29, 42 J. N.). Sie verpflichtet den Kläger zur Anzeige von Wohnungsänderungen (§ 111 Z. P. O.), das Gericht zur Entscheidung, wenn auch nicht zur Anspruchsentscheidung; sie hemmt im Falle des § 231 E. O. die Durchführung des Verteilungsbeschlusses.

Wichtiger ist für den Prozeß die Klagezustellung. Ihre Wirkungen hängen nicht davon ab, ob die Klage sachlich begründet oder ob auch nur die Prozeßvoraussetzungen für sie gegeben sind (§ 232 Z. P. O.); diese Anordnung ist auch, weil sinnfällig, angemessen. Ohne Rücksicht auf diese Momente ist vom Zeitpunkte der Klagezustellung an der Prozeß im Zuge; es entsteht der Gerichtsstand der Widerklage (§ 96 J. N.), die Pflicht des Beklagten zur Anzeige von Wohnungsänderungen (§ 111 Z. P. O.); das Wahlrecht des Klägers hinsichtlich des Gerichtsstandes ist erloschen[4]) (§ 102 J. N.); und als wichtigste Wirkung tritt die Streithängigkeit (Rechtshängigkeit, Litispendenz) des „geltend gemachten Anspruches" ein, welche dann bis zur rechtskräftigen Beendigung des Erkenntnisverfahrens dauert[5]) (§ 233 Z. P. O.) und „jederzeit" (also auch bei der ersten Klageprüfung und -Erledigung)[6]) von Amts wegen wahrzunehmen (§ 240 Z. P. O.; § 324 G. O.), nur nicht bei der ersten Tagsatzung auszusprechen ist (arg. § 239 Z. P. O.). Ihre Wirkungen sind die Einschränkung der Zulässigkeit von Klagänderungen (§ 235 Z. P. O.; siehe § 79) und das Verbot der wiederholten Geltendmachung des streithängigen Anspruches bei Gericht (Ausnahme S. 281), sei es, wie § 233 Z. P. O., lediglich an den regelmäßigen Fall denkend, sagt, mit Klage, sei es mit einem Feststellungsantrage oder der Einrede der Gegenforderung (über die Anmeldung im Konkurse siehe § 7 K. O.). Das Verbot bezieht sich nur auf den „geltend gemachten Anspruch", also nicht auf dessen Vorfragen; so darf die Eigentumsklage trotz des streithängigen Besitz- oder Besitzstörungsprozesses erhoben werden. Ebenso ist aber auch die Klage aus einer als Lohnvertrag charakterisierten Obligation zulässig neben einer, welche dieselbe Obligation aus dem gleichen, aber als Kaufvertrag charakterisierten Rechtsverhältnisse geltend macht; denn die geltend gemachten Ansprüche sind da nicht identisch. Eine solche Identität liegt nämlich nicht vor, wenn entweder der Klagantrag oder der Klaggrund in beiden Prozessen verschieden sind,[7]) während allerdings bloße Tatbestandsänderungen die Identität nicht hindern (siehe § 79); darum schließt die Leistungsklage auch die Feststellungsklage nicht aus oder umgekehrt; denn hier ist der geltend gemachte Rechtsschutzanspruch ein verschiedener.[8]) Die Verwechslung der

[4]) Wenn man nicht mit der herrschenden Lehre dem § 102 J. N. diesen Sinn gibt, wäre er überflüssig; freilich schränkt er bei der gegebenen Auslegung den § 237 Z. P. O. wieder ein; siehe § 78.

[5]) Die Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage bewirken keine Streithängigkeit des Anspruches des Vorprozesses, sondern erst die neuerliche Verhandlung im Vorprozesse hat diese Wirkung.

[6]) A. M. § 118 Abs. 2 G. O.

[7]) Pfaff-Schey Nr. 1240.

[8]) Neumann, Komm. I. S. 550. — Wohl aber wird der Feststellungsklage häufig das Feststellungsinteresse fehlen.

Parteirollen in den beiden Prozessen dagegen hindert die Identität des Anspruches nicht; der zweite Prozeß steht darum unter dem Verbote des § 233 Z. P. O. Dagegen sind Prozesse unter verschiedenen Personen[9]) allerdings nicht solche über denselben Anspruch, können also nebeneinander laufen, z. B. zwei Klagen von Eigentumsprätendenten an demselben Grundstücke gegen denselben Beklagten; hievon ist nur für jene Fälle eine Ausnahme zu machen, in welchen die neue Person des zweiten Prozesses ohnedies von der Rechtskraft der Entscheidung des ersten erfaßt wird (z. B. nach § 310 E. O., § 242 Abs. 3 K. O.; siehe auch S. 143 ff.).

Die erste mündliche Verhandlung bildet den Schlußpunkt für die Zulässigkeit der einseitigen Zurücknahme der Klage, und zwar ihr Beginn, wenn der Beklagte erscheint, ihr Ende, wenn er nicht erscheint (§ 237 Z. P. O.). Im Urkundenprozesse tritt die Erstattung der Einwendungen oder der Ablauf der hiefür bestimmten Frist an die Stelle dieser mündlichen Verhandlung.

b) Privatrechtliche Wirkungen hat die Klage nur, insoweit ihr das bürgerliche oder das Prozeßrecht ausdrücklich solche zuschreiben; denn sie ist eine an das Gericht adressierte Prozeßhandlung, keine privatrechtliche Willenserklärung (siehe S. 355). Da es nun an entsprechenden Normen fehlt, hat eine Erklärung in der Klage nicht die Bedeutung einer bindenden Wahl bei einer Alternativobligation,[10]) einer Verzichtserklärung mit der Wirkung außerhalb des Prozesses. Wohl aber sind privatrechtliche Wirkungen der Klage mehrfach ausdrücklich ausgesprochen, so in den §§ 338, 1334, 1497 a. b. G. B., § 347 H. G. B. u. s. f. Ihre Besprechung gehört in das Gebiet des bürgerlichen Rechtes.

III. Anderweitige Anspruchserhebung im Erkenntnisverfahren.[11]) Werden die Ansprüche in der mündlichen Verhandlung in Gegenwart des Gegners erhoben, so fallen die Momente und damit auch die Wirkungen der Erhebung und der Zustellung zusammen; so wird z. B. ein Feststellungsantrag gleichzeitig erhoben und streithängig, wie etwa eine Klage im Falle des § 439 Z. P. O.

Wird einer dieser Ansprüche in der mündlichen Verhandlung in Abwesenheit des Prozeßgegners erhoben, so ist er allerdings erhoben, streithängig aber erst mit der Verständigung des Prozeßgegners von seiner Geltendmachung; denn diese Verständigung ist die Grundlage der Norm des § 232 Z. P. O. über die Streithängigkeit. Wird darum die Verhandlung nicht erstreckt und dennoch über den Anspruch entschieden, so

---

[9]) Gemeinschuldner und Massenverwalter sind in der Regel keine verschiedenen Personen (R. Pollak, Konkursrecht S. 135 ff.), so daß ein Gläubiger nicht gleichzeitig diesen auf Zahlung aus dem konkursfreien Vermögen und jenen mit der Liquidierungsklage belangen kann: Jaeger, Die (dtsch.) K. O. S. 106.

[10]) A. M. Schiffner, System I. S. 210 Anm. 11; Ehrenzweig a. a. O. S. 291.

[11]) Dazu zählt die im § 235 Abs. 4 Z. P. O. genannte Anspruchsvertauschung nicht, da sie keine Klagänderung ist; hier treten die Wirkungen mit der Klage ein; a. M. Neumann, Komm. I. S. 548.

treten die Wirkungen der Streithängigkeit erst mit der Entscheidungszustellung ein.

IV. Die Geltendmachung des Vollstreckungsanspruches hat die Wirkungen der Klage nur, wenn sie die Klage ersetzt, wie bei vollstreckbaren Notariatsakten. Von diesen Ausnahmsfällen abgesehen, hat sie für den Antragsteller viel weniger eingreifende Wirkungen (siehe S. 18 f.); der Antrag auf die Exekutionsbewilligung führt nämlich fast gar keine Beschränkung des betreibenden Gläubigers herbei. Er kann ihn jederzeit zurückziehen, insolange das Verwertungsverfahren noch nicht beendet ist (§§ 39, 311 Z. 6 E. O.); er kann auch dem einen Exekutionsantrage einen zweiten nachfolgen lassen, insoweit er nicht schon bei der Befolgung des ersten befriedigt oder offenbar gedeckt ist (§ 14 E. O.; siehe S. 35, 376). Wohl aber hat jeder Exekutionsbewilligungsantrag dem Gerichte gegenüber dieselbe Bedeutung wie die Klage; er zwingt dasselbe zu einer Entscheidung.

V. Die Geltendmachung des Teilnahmeanspruches führt eine Entscheidung des Gerichtes herbei, die sich jedoch nicht mit dem Bestande der Ansprüche überhaupt, sondern nur in ganz eingeschränkter Weise befaßt: nur soweit der zu verteilende Exekutionserlös in Frage kommt (§ 231 Abs. 1 E. O.), und insoweit der Bestand des Anspruches nicht von streitigen Tatsachen abhängt (§ 231 Abs. 1 E. O.). Darum begründet die Anmeldung einer Forderung zur Befriedigung aus dem Exekutionserlöse keine der Wirkungen der Klage, insbesondere keine Streithängigkeit.

VI. Für die Sicherungsansprüche gilt sinngemäß das sub IV Gesagte.

§ 78. Verzicht auf die Ansprüche und deren Zurücknahme.

I. Der Verzicht auf den Privatrechtsanspruch findet im Prozesse keine Stätte; er kann nur als ein außerprozessualer Tatbestand (z. B. nach § 35 E. O. oder als Einrede des Verzichtes) in demselben verwertet werden. Dagegen kennt das Prozeßrecht einen Verzicht auf den Rechtsschutzanspruch in seinen vier Formen (Urteils-, Vollstreckungs-, Teilnahme-, Sicherungsanspruch), daneben noch den Verzicht auf die Exekutionsfortsetzung und den nicht in diesen Zusammenhang gehörenden Rechtsmittelverzicht (siehe VIII). Neben diesen Verzichten kennt das Prozeßrecht noch die Zurücknahme der Rechtsschutzansprüche, welche sich vom Verzichte dadurch unterscheidet, daß dieser notwendigerweise dauernd, jener vorübergehend, das ist nur für den betreffenden Prozeß oder Prozeßteil wirken.

II. Der Verzicht auf den Urteilsanspruch ist die Prozeßerklärung des Angreifers, auf den erhobenen Urteilsanspruch dauernd verzichten, denselben in keiner der Formen geltend machen zu wollen, welche für die Anspruchserhebung im Erkenntnisverfahren zur Verfügung stehen (S. 370 ff.); privatrechtlich hat er gar keine Bedeutung,[1]) vernichtet den Privatrechts-

[1]) Hellwig, Rechtskraft S. 487 Anm. 12.

anspruch nicht; das zeigt sich z. B., wenn einer der Nichtigkeitsgründe das Verfahren oder auch nur den Verzicht unwirksam macht. Der Verzicht beendet auch den Prozeß nicht. Seine ganze Bedeutung erschöpft sich vielmehr in dem Einflusse auf den Inhalt der Entscheidung (des Urteiles); dieses hat sich auf den Verzicht zu gründen, ohne eine Nachprüfung des Sachverhaltes vorzunehmen (§ 394 Z. P. O.). Kommt es nicht zum Urteile, so wirkt darum der Verzicht zunächst und insolange nicht, bis es zu der Entscheidung kommt; der neuerlichen Geltendmachung des Urteilsanspruches, auf den verzichtet worden, steht nicht die Einrede des Verzichtes, sondern jene der Streithängigkeit (§ 233 Z. P. O.) entgegen. Ob es zum Urteile kommt, das hängt natürlicherweise nicht immer vom Gerichte, sondern auch von den Prozeßparteien ab. In der Regel werden die Anträge beider Parteien auf Urteilsfällung schon vorliegen, bevor es zur Verzichtserklärung kommt; dann wird durch den Verzicht die Sache „zur Endentscheidung reif" (§ 390 Z. P. O.) und das Gericht hat sie zu fällen, ohne auf einen neuen Urteilsantrag zu warten. Fehlt es am Urteilsantrage des Beklagten allein, so ist das Ergebnis kein anderes, da auch jetzt die Sache „zur Endentscheidung reif ist".[2]) Nur wenn von keiner Prozeßpartei ein Urteilsantrag schon oder noch vorliegt — der Kläger hat etwa den seinen zurückgenommen — bedarf es eines solchen des Gegners des Verzichtenden (in der Regel des Beklagten), auf den hin das Verzichtsurteil gefällt wird; kommt auch dieser Antrag nicht, dann ruht das Verfahren.[3]) Nur anscheinend steht § 394 Z. P. O. mit dieser aus den §§ 133 Abs. 2, 170, 391 Z. P. O. geschöpften Ansicht im Widerspruche, wenn er verfügt: falls Verzicht erfolgt, „so ist die Klage auf Antrag des Beklagten auf Grund des Verzichtes durch Urteil abzuweisen"; damit ist nur gesagt, daß der Beklagte das Recht zur sofortigen Urteilsfällung „auf Grund des Verzichtes", also ohne Sachprüfung hat.

Der Verzicht kann in jeder Instanz erklärt werden (§§ 394, 463, 513 Z. P. O.). Die Erklärung hat eine prozessuale Bedeutung grundsätzlich nur dann, wenn sie in einer mündlichen Verhandlung erfolgt;[4]) dafür bedarf sie der Annahme des Gegners nicht. Das ergibt sich aus dem Wortlaute des § 394 Z. P. O., aus der Natur der vorbereitenden Schriftsätze und des vorbereitenden Verfahrens (siehe § 254 Abs. 2 Z. P. O.) und e contr. aus der Behandlung des gerichtlichen Geständnisses in Schriftsätzen (§ 266 Abs. 1 Z. P. O.). Ausnahmen von diesem Grundsatze bestehen für das Berufungsverfahren dann, wenn auf die mündliche Verhandlung verzichtet wird, für das Revisionsverfahren stets, weil dasselbe den Parteien kein Recht auf eine mündliche Verhandlung gewährt, und für den auch sonst eine Ausnahmsstellung begründenden § 399 Abs. 1 Z. P. O. (verbis: „die früheren Erklärungen"). Ob Verzichte in

[2]) A. M. Fragenbeantwortung S. 67; Neumann, Komm. I. S. 755; Demelius S. 559, die auch untereinander nicht übereinstimmen.

[3]) A. M. Neumann I. S. 756: die Klage gelte als zurückgenommen.

[4]) A. M. Demelius S. 559; Neumann, Komm. I. S. 755.

vorbereitenden Schriftsätzen eine privatrechtliche Bedeutung haben, das ist keine quaestio facti,[5]) obwohl schon diese in der Regel der Fälle nach der Parteienintention zu verneinen sein würde, sondern stets zu verneinen, weil die vorbereitenden Schriftsätze bestimmungsgemäß und grundsätzlich keine privatrechtlich wirksamen Erklärungen aufzunehmen haben (siehe S. 355), und weil ein Parteienmißbrauch dieser Norm den Erklärungen keine andere als die gesetzliche Wirkung verschaffen kann.

III. Vom Verzichte scharf zu scheiden ist die Zurücknahme der Ansprüche, worunter nach der Terminologie des Gesetzes kein Verzicht auf den Rechtsschutzanspruch, geschweige denn ein solcher auf den Privatrechtsanspruch zu verstehen ist, sondern nur ein solcher auf deren derzeitige Geltendmachung. Manche Irrungen der Praxis und Literatur beruhen nur auf dem Zusammenwerfen des Verzichtes mit der Zurücknahme der Ansprüche.

Führt ein Gesetz die Dispositionsmaxime konsequent durch, so muß es die Zurücknahme der Rechtsschutzansprüche jederzeit gestatten, ebenso wie den Verzicht. Denn der Partei muß ja nach dieser Maxime nicht nur freistehen, ob sie einen bestimmten Anspruch erheben, sondern auch, wie lange sie ihn aufrechterhalten will. Das Gesetz muß es darum ihrer alleinigen Entschließung überlassen, ob und wann sie z. B. die Klage, und ob sie dieselbe mit oder ohne einen Anspruchsverzicht zurücknehmen will. Das war denn auch der Standpunkt der allgemeinen Gerichtsordnung, welche im Erkenntnisverfahren dem Kläger die Klagerücknahme auch ohne den Anspruchsverzicht jederzeit gegen die Übernahme der Kostenerstattungspflicht an den Beklagten gestattete[6]) (§ 399 a. G. O.); der Kläger konnte die Klage dann ohneweiters erneuern. Dieser Standpunkt hat jedoch erhebliche Bedenken gegen sich. Er widerspricht den Interessen des Beklagten, der sich dann mehreremale verteidigen muß; er hat kein begründetes klägerisches Interesse — der Kläger kann es sich ja vor der Klage hinreichend überlegen, ob er jetzt zum Prozesse schreiten will —, sondern nur eine Maxime für sich; er widerspricht der Prozeßökonomie und dem Ernste und der Würde des gerichtlichen Verfahrens. Die Zivilprozeßordnung ist darum mit Recht wenigstens für die Klage von dem Standpunkte der allgemeinen Gerichtsordnung abgewichen.

Im Sinne der Zivilprozeßordnung ist die Klagerücknahme die Zurückziehung des Urteilsanspruches mit dem Vorbehalte, ihn neuerlich geltend zu machen (§ 237 Z. P. O.), also ohne einen Verzicht auf den Anspruch. „Die Klage ist dann als nicht angebracht anzusehen" (§ 237 Abs. 3 Z. P. O.), und der Kläger hat dem Beklagten auf dessen Antrag und nach mündlicher Verhandlung[7]) über denselben die Prozeßkosten zu ersetzen (§ 237 Z. P. O.). Der Beklagte muß gegenüber einer Klagerücknahme stets auf eine Wiederholung der Klage und seiner Verteidigung

[5]) A. M. Demelius S. 559.

[6]) R. Pollak in Grünhuts Zeitschr. XVIII. S. 227 ff.

[7]) Es ist freilich nicht einzusehen, wozu hier obligatorisch eine mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist. — Vor Gerichtshöfen hält sie ein Einzelrichter ab (§ 37 Z. 6 G. O. G.).

gefaßt sein. Darum hat der Kläger ein (einseitiges) Recht auf diese Klagerücknahme nur durch eine kurze Zeit, nämlich im ordentlichen Verfahren bis zur ersten Tagsatzung und im Säumnisfalle des Beklagten auch noch bei dieser[8]) (§ 237 Z. P. O.), im Urkunden- und Bestandprozesse[9]) nach der Analogie dieser Norm bis zur Erstattung der (schriftlichen) Einwendungen oder bis zum Ablaufe der Frist hiezu. Während dieser Zeiträume können der Beklagte und das Gericht der Klagerücknahme nicht mit Wirkung widersprechen. Damit ist aber die Frage nicht entschieden, wie es denn mit der Zurücknahme der Klage *nach* dem angegebenen Zeitpunkte zu halten sei. Daß der Verzicht auf den Klaganspruch vor seiner rechtskräftigen Entscheidung dem Kläger freistehe, sagt freilich § 394 Z. P. O.; aber von einer Klagerücknahme weiß er nichts, gibt vielmehr dem Beklagten ein Recht auf das Verzichturteil; daraus und arg. e contr. ex § 237 Z. P. O. (verbis: „ohne Zustimmung des Beklagten") folgt somit zunächst zwingend, daß es eine Klagerücknahme ohne die Zustimmung des Beklagten nach dem oben erwähnten Zeitraume nicht gibt, ein Satz, von dem auch bei der Lehre von der Klagänderung keine Ausnahme zu machen ist (siehe § 79). Aber es muß auch entgegen der herrschenden Theorie[10]) und Praxis bestritten werden, daß es in dem hier relevanten Zeitraume eine einverständliche Klagerücknahme *ohne* einen gleichzeitigen Verzicht auf den Urteilsanspruch gibt; denn es fehlt hiefür an der für prozessuale Dispositiverklärungen unerläßlichen Erlaubnis durch das Gesetz (da das, wie stets als alleiniges, gefährliche arg. e contr. ex § 237 Z. P. O. sie nicht gewährt), und sie wäre auch mit den Normen unvereinbar, welche den Prozeßbetrieb den Parteien aus der Hand nehmen.[11]) Das Verbot einer solchen späten Klagerücknahme läßt sich sowohl aus diesen als auch aus den oben angeführten Gründen sehr wohl rechtfertigen, und jedes

[8]) Nicht aber während des Ruhens des Verfahrens, auch nicht, wenn es bei der ersten Tagsatzung eintritt (a. M. v. *Falke* in G. Z. 1899 S. 396; *Pfaff-Schey* Nr. 166 [Plenissimarsenat]: die Zurücknahme sei zulässig, wenn das Verfahren bei der ersten Tagsatzung ruhe; es sei dann eine quaestio facti, ob die Wiedereinbringung der Klage eine Umgehung des § 168 Z. P. O. bedeute. Diese Ansicht ist durch die vom obersten Gerichtshofe herangezogene Analogie des § 242 Z. P. O. nicht gerechtfertigt: § 163 Z. P. O. ist da ganz deutlich; und überdies: welche Prüfung soll denn das Gericht mit der neu innerhalb der dreimonatlichen Frist überreichten Klage vornehmen, um zu ermitteln, ob die seinerzeitige Zurücknahme der Klage in fraudem legis erfolgte oder nicht? und wenn es die fraus ermittelt, soll es nun die Zurücknahme der [ersten] Klage widerrufen oder das durch diese Zurücknahme beendete Ruhen des ersten Verfahrens wieder aufleben lassen?). — Zweifelhaft *Pfaff-Schey* Nr. 163.

[9]) Aufkündigungen dürfen mit Rücksicht auf die ihnen zukommenden privatrechtlichen Wirkungen einseitig überhaupt nicht zurückgezogen werden; *Pfaff Schey* Nr. 59, 300.

[10]) *Altmann*, Zurücknahme der Klage (Jur. Bl. 1898 Nr. 13 f.), der in erster Instanz die einverständliche Klagerücknahme ohne Anspruchsverzicht zuläßt; *Demelius* S. 400; *Neumann*, Komm. I. S. 567.

[11]) Die Parteien könnten einverständlich die Vorschriften über das Ruhen des Verfahrens und das Verbot einverständlicher Tagsatzungserstreckungen umgehen; sie hätten hiefür nur geringfügige Nachteile im Kostenpunkte und die doch selten praktischen Gefahren der Verjährung auf sich zu nehmen.

denkbare berechtigte Parteiinteresse kann durch das Ruhen des Verfahrens befriedigt werden. Dagegen ist diese einverständliche[12]) Klagerücknahme unter gleichzeitigem Verzichte auf den Anspruch sicherlich bis zur rechtskräftigen Prozeßentscheidung[13]) zulässig, da § 235 Abs. 4 Z. P. O. auch jene Klageinschränkung bis zu diesem Zeitpunkte ausdrücklich zuläßt. Während des Ruhens des Verfahrens wird man nach dem Zwecke dieser Institution diese einverständliche Klagerücknahme unter dem gleichzeitigen Verzichte auf den Klaganspruch auch zulassen müssen.[14]) Dagegen gibt es nach dem fruchtlosen Ablaufe der Frist für die Einwendungen im Urkundenprozesse auch keine einverständliche Klagerücknahme unter Verzicht auf den Urteilsanspruch mehr, weil da das Erkenntnisverfahren rechtskräftig beendet ist.

Die Klageinschränkung[15]) (§ 235 Z. P. O.) ist eine teilweise Klagerücknahme; sie steht dem Kläger bis zur rechtskräftigen Prozeßentscheidung frei, ohne daß er der Zustimmung des Beklagten bedürfte. Erfolgt sie in der obgenannten Frist des § 237 Z. P. O., so begründet sie arg. a maiori ad minus keinen Verzicht auf den durch die Einschränkung betroffenen Teil des Urteilsanspruches; erfolgt sie aber nach dieser Frist, so begründet sie arg. §§ 237, 394 Z. P. O. ex lege den Verzicht auf den betreffenden Teil dieses Anspruches;[16]) sonst wäre der Beklagte bei einer Klageinschränkung, die ja ohne seine Zustimmung erfolgen kann, schlimmer daran als bei einer Klagerücknahme. Die Klageinschränkung begründet arg. a maiori ad minus den Anspruch des Beklagten auf den Kostenersatz hinsichtlich des zurückgezogenen Teiles des Klaganspruches; nur ist hierüber nicht abgesondert zu entscheiden (§ 390 Z. P. O.).

IV. Über die Rücknahme der in den anderen Formen der Anspruchserhebung im Erkenntnisverfahren (S. 370 ff.) geltend gemachten Urteilsansprüche fehlt es an Normen. Prima facie scheinen sie in der gleichen rechtlichen Situation sich zu befinden, wie die Klage, und da müßten dann auch die sub II, III entwickelten Sätze auf sie Anwendung finden. Allein diese Gleichheit oder Analogie der Situation besteht nicht. Vor allem zwingen diese Formen mit Ausnahme jener der Einrede der Gegenforderung und des § 408 Z. P. O. keine neue Verteidigung auf, belasten den Angegriffenen also so wenig als das Gericht. Dann sind die Kosten- und die Schadenersatzansprüche des § 408 Z. P. O., und zwar die ersteren immer, die letzteren der Regel nach ohnedies erst gegen den Schluß des Verfahrens entstanden. Überdies fehlt es bei allen hiehergehörenden Formen

---

[12]) Nichtverhandeln des Beklagten ist keine Zustimmung desselben (arg. § 235 Abs. 2 Z. P. O.); a. M. Neumann, Komm. I. S. 566.

[13]) A. M. Demelius S. 400; Neumann a. a. O. I. S. 565; Ullmann S. 86, welche diese Rücknahme nur während des Verfahrens erster Instanz zulassen.

[14]) R. Pollak, Konzentration der mündlichen Streitverhandlung (in G. Z. 1900 S. 257).

[15]) Altmann a. a. O. S. 157 f. entwickelt nicht haltbare Anschauungen für die Fälle, daß infolge der Klageinschränkung der Streitwert vor Gerichtshöfen unter 1000 K, vor Bezirksgerichten unter 100 K sinkt.

[16]) A. M. Pfaff-Schey Nr. 946; wie Text Z. E. Nr. 448.

an einem so sinnfälligen Prozeßabschnitte, als ihn § 237 Z. P. O. für die Klage festsetzt. Endlich werden die Ansprüche zwar streithängig; aber wenn sie mit einem Feststellungsantrage oder der Einrede der Gegenforderung geltend gemacht sind, hat der Anspruchswerber nur einen bedingten Anspruch auf ihre Entscheidung. Aus allen diesen Gründen hat die Analogie des § 237 Z. P. O. nicht statt, sondern es steht die einseitige Rücknahme des betreffenden Anspruches ohne einen Verzicht auf denselben und lediglich gegen Kostenfolgen jederzeit bis zu seiner rechtskräftigen Entscheidung frei.[17])

V. Der Verzicht auf den Vollstreckungsanspruch.[18]) Die Exekutionsordnung unterscheidet hier neben dem Anspruchsverzicht (§ 35 E. O.); einen Exekutionsverzicht und eine Exekutionsstundung (§ 36 E. O.); nur die beiden letztgenannten kommen hier in Betracht, da der Anspruchsverzicht des § 35 E. O. eine Privatrechtshandlung ist. Der Exekutionsverzicht und die Exekutionsstundung (siehe § 90 VI) können entweder, einem pactum de non petendo vergleichbar, auf jede Exekution auf Grund eines bestimmten Titels oder, was die Regel ist, auf ein bestimmtes Exekutionsverfahren (z. B. auf die eingeleitete Mobiliarexekution) sich beziehen; nur im ersteren Falle liegt ein Verzicht auf den Vollstreckungsanspruch vor. Werden der Verzicht oder die Stundung nach dem Beginne der Exekution erklärt, so ist die Exekution einzustellen (§§ 36, 39 Z. 6 E. O.); sind sie vorher dem Gerichte erklärt, so ist die Exekution nicht zu bewilligen; gegen die dennoch geschehene Bewilligung steht der Rekurs offen.

Der Exekutionsverzicht und die Exekutionsstundung sind bis zur Beendigung des Verwertungsverfahrens zulässig, also bei Immobilien und körperlichen beweglichen Sachen bis zur vollzogenen Versteigerung, bei der Forderungspfändung bis zur erfolgten Einziehung u. s. f.; der betreibende Gläubiger kann zwar auch nach diesem Zeitpunkte noch auf alle seine Ansprüche verzichten, aber die geschehene Exekution nicht mehr ungeschehen machen, insbesondere die Rechte Dritter nicht berühren. Der Exekutionsverzicht ist dauernd, die Stundung temporär, und zwar entweder für bestimmte oder für unbestimmte Frist erteilt; eine gesetzliche Minimalfrist für die Dauer der Stundung besteht nicht.

Neben diesen beiden Formen kennt die Exekutionsordnung noch die Stundung der Exekutionsfortsetzung, welche dem betreibenden Gläubiger vor der Exekutionsstundung den Vorteil gewährt, daß ihm sein Rang im Befriedigungsverfahren gewahrt bleibt[19]) (§§ 200 Z. 3, 282, 311, 318, 325 E. O.), so daß er ohne Gefahr für sich dem Verpflichteten Zahlungsfristen gewähren kann. Die parallele Einrichtung des früheren Rechtes hat die übelsten Wirkungen dadurch hervor-

[17]) Pfaff-Schey Nr. 862.

[18]) Neumann, E. O. S. 401 ff., 423.

[19]) Übereinstimmend und mit überzeugender Prüfung der §§ 39 Z. 6, 200 Z. 3 E. O. Neumann, E. O. S. 424; v. Gernerth in G. Z. 1898 S. 215 ff.; Handl in G. Z. 1898 S. 94 f.; a. M. v. Fürstl II. S. 112 f.; v. Czoernig S. 35.

gerufen, daß solche Zufristungen auf ganz kurze Zeit gegen Kostenersatz gewährt wurden; das trieb ohne jeden wirtschaftlichen Nutzen für den Gläubiger oder für den Verpflichteten die Exekutionskosten in ganz unglaublicher Weise in die Höhe. Zur Verminderung dieses Übelstandes bestimmt die Exekutionsordnung: a) daß in solchen Fällen alle Exekutionsakte mit Ausnahme des Pfandrechtes aufgehoben werden; b) daß die Stundung der Exekutionsfortsetzung, wenn die Exekution auf Verkauf gerichtet war, mindestens ein halbes Jahr dauern muß, gerechnet vom Einstellungsbeschlusse an (§§ 200 Z. 3, 282 E. O.);[20]) nur bei der Forderungsexekution durch die Überweisung zur Einziehung findet diese Frist keine Anwendung,[21]) dafür treffen den betreibenden Gläubiger hier alle Exekutionskosten seit der Überweisung einschließlich jener durch die Einklagung der Forderung (§ 311 E. O.). Diese sehr lange und von Amts wegen zu wahrende Minimalfrist von sechs Monaten soll verhindern, daß der Verpflichtete Fristen erlangt, innerhalb deren er seine Vermögensverhältnisse nicht zu ändern vermag. Freilich kann sie, wie dies den Intentionen des Gesetzes entspricht, bei der Exekution auf bewegliche körperliche Sachen die Gewährung dieser Stundung wegen des § 256 Abs. 2 E. O. unter Umständen unmöglich machen.

Der Exekutionsverzicht, ihre Stundung und die Stundung ihrer Fortsetzung können durch privatrechtliche oder durch Prozeßhandlungen vorgenommen werden. Im zweiten Falle ist von Amts wegen auf sie Bedacht zu nehmen; im ersten Falle bedarf es eines Antrages des betreibenden Gläubigers oder der Klage[22]) des Verpflichteten (§ 36 E. O.); der Rekurs gegen die Exekutionsbewilligung kommt nur in Frage, wenn diese unberechtigt ist, kann daher mit der Klage des Verpflichteten nicht konkurrieren.[23])

Neben dem Exekutionsverzichte, der Exekutionsstundung und der Stundung ihrer Fortsetzung kennt die Exekutionsordnung auch noch die Zurücknahme des Exekutionsantrages, sei er auf die Bewilligung, sei er auf die Fortsetzung des Exekutionsverfahrens gerichtet. Diese Zurücknahme steht bis zur Fällung der Entscheidung[24]) jederzeit frei, wobei freilich der betreibende Gläubiger den Anspruch auf Kostenersatz verliert. Nach der Entscheidung kann der Antrag nicht mehr zurückgenommen

---

[20]) Z. E. Nr. 24 (die sechsmonatliche Frist ist durch Parteienvereinbarung nicht abkürzbar); a. M. v. Fürstl II. S. 112 f.

[21]) Neumann, E. O. S. 164 f.; Weißkopf, Der Umfang des exekutiven Forderungspfandrechtes und die Exekution in überschießende Forderungen (Grünhuts Zeitschr. XXVIII. S. 299).

[22]) Bei unbestrittenem Tatbestande genügt ein Antrag des Verpflichteten; wird aber der Tatbestand bestritten, so ist der Verpflichtete auf den Rechtsweg zu verweisen (§ 40 Abs. 2 E. O.); Fellner-Ohmeyer Nr. 107, 108.

[23]) Arg. der Worte des § 36: „. . . falls sie nicht mittels Rekurs . . .“, die eine Konkurrenz der Klage und des Rekurses geradewegs ausschließen; a. M. Neumann, E. O. S. 405; v. Fürstl II. S. 97; Bum in Jur. Bl. 1898 Nr. 39.

[24]) Auch wenn sie nicht rechtskräftig ist, verhindert sie die Zurücknahme des Antrages.

werden, sondern der betreibende Gläubiger kann dann nur mehr die Exekution oder Exekutionsfortsetzung stunden oder auf sie verzichten; die gefällte Entscheidung wirkt auch hier ohne Rücksicht auf den Parteiwillen.

VI. Der Teilnahmeanspruch. Über den Verzicht auf ihn und seine Rücknahme fehlen Normen. Es kann aber nicht bezweifelt werden, daß sie insolange zulässig sind, als der Anspruch nicht befriedigt ist; später gibt es zwar einen Verzicht auf den Privatrechts-, aber keinen auf den schon konsumierten Teilnahmeanspruch. Der Verzicht auf den Teilnahmeanspruch, an das Gericht erklärt, bedeutet keinen Verzicht auf den privatrechtlichen Anspruch, aber wirksam und unwiderruflich einen solchen auf die Beteiligung an diesem Exekutionsverfahren; die Rücknahmeerklärung wirkt nur bis zum Zeitpunkte der neuerlichen Geltendmachung des Teilnahmeanspruches.

VII. Ähnliche Normen wie für den Teilnahmeanspruch gelten auch für den Sicherungsanspruch. Der Verzicht auf ihn für einen bestimmten Urteilsanspruch, sei es auf alle, sei es auf bestimmte Sicherungsmittel, bindet durch seine Erklärung an das Gericht; die jederzeitige Rückziehung des Rechtsschutzanspruches ohne einen Verzicht auf seine neuerliche Geltendmachung oder gar auf den Privatrechtsanspruch steht daneben dem Rechtsschutzwerber frei.

VIII. Der Rechtsmittelverzicht[25]) (§ 472 Z. P. O.) richtet sich nach anderen Grundsätzen; siehe darüber Abschnitt VI. Einen Verzicht auf den Rechtsschutzanspruch stellt er nicht dar.

§ 79. Die Anspruchsänderung.[1])

I. Eine Anspruchsänderung liegt dann vor, wenn statt des erhobenen Anspruches ein anderer Anspruch geltend gemacht wird; sie ist demnach stets zugleich die Erklärung, daß keine Sachentscheidung über den ersetzten Anspruch ergehen solle, sie ist notwendigerweise ein Verzicht auf den ursprünglich erhobenen Anspruch.[2]) Konsequenterweise gibt es keine „eventuellen" Klagänderungen, also solche, bei denen der ursprüngliche Anspruch erhoben bleibt; solche „eventuelle Klagänderungen" sind objektive Anspruchshäufungen (S. 371) und nach deren Normen zu behandeln.

Die Veränderung der Prozeßsubjekte, an sich häufig eine Anspruchsänderung, ist doch arg. § 235 Abs. 1 („der Kläger") Z. P. O. und arg. e contr. ex §§ 19, 234 Z. P. O. keine im Sinne der Zivilprozeß-

---

[25]) Z. E. Nr. 191; Pfaff-Schey Nr. 846 (über außergerichtliche Rechtsmittelverzichte); Neumann, Komm. II. S. 10; Schwalbach im Arch. f. zivil. Praxis LXIV. S. 286 ff.

[1]) O. Fischer, Das Problem der Identität; Wach, Vorträge S. 19 ff.; Neumann, Komm. I. S. 553 ff.; Felix Mayer in G. Z. 1897 S. 207; R. Pollak, Konkursrecht S. 227 ff., 431; Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 475 ff.

[2]) So auch R. Schmidt, Lehrbuch S. 851; a. M. Renaud S. 191 (es sei quaestio facti); unter unrichtigen Gesichtspunkten betrachtet Betzinger, Beweislast S. 329 die Situation.

ordnung,[3]) sondern die Sukzession in eine Parteirolle;[4]) ebensowenig liegt eine Anspruchsänderung bei einer Anspruchsverminderung[5]) oder dann vor, wenn statt des Anspruchsgegenstandes sein Interesse oder ohne eine Veränderung des Anspruchsgrundes[6]) ein anderer Gegenstand[7]) gefordert wird[8]) (§ 235 Z. P. O.). Auch bloße Tatbestandsveränderungen sind im Rechtssinne keine Anspruchsänderung,[9]) so sicher auch nach philosophischen oder mathematischen Begriffen bei jeder Tatbestandsänderung die Identität des früheren und des jetzigen Anspruches fehlt, also eine Anspruchsänderung vorliegt.[10]) Eine solche im Rechtssinne liegt demnach nur bei der Veränderung des Klaggrundes oder einer anderen Veränderung des Antrages vor, als sie oben genannt wurde. Beispiele einer Anspruchsänderung: statt aus dem Titel des Kaufs wird aus jenem des Lohnvertrages geklagt; statt der Leistungs- wird die Feststellungs-, statt der Besitz- die Eigentumsklage erhoben oder umgekehrt; die Gattin fordert statt der Alimentation die Aufnahme in den ehelichen Haushalt.[11]) Dagegen liegen keine Anspruchsänderungen vor, wenn der Eigentumsanspruch statt auf die Ersitzung auf die Tradition, der Darlehensanspruch statt auf den Darlehensvertrag auf das Anerkenntnis gestützt wird.

Kraft positiver Norm sind Anspruchserweiterungen den Anspruchsänderungen gleich zu behandeln (§ 235 Z. P. O.); bei jenen verzichtet der Rechtsschutzwerber natürlich nicht auf den früher erhobenen Anspruch, wohl aber absorbiert diesen der erweiterte Anspruch.

Das Problem der Zulässigkeit einer Anspruchsänderung ist bisher prozeßpolitisch nur unter dem Gesichtspunkte der Klagänderung betrachtet worden. Diese verbot § 49 a. G. O. absolut und half dem

---

[3]) A. M. Neumann, Komm. I. S. 554, 557; Pfaff-Schey Nr. 545.

[4]) Konsequenz: auf die Zulassung dieses Wechsels der Prozeßsubjekte hat das Gericht keinen Einfluß, insbesondere ist sie dann dessen Ermessen völlig entzogen; § 235 Z. P. O. gilt hier eben nicht. Über die Bedeutung der Zustimmung des Prozeßgegners siehe §§ 19, 234 Z. P. O. und oben S. 185 ff.

[5]) Pfaff-Schey Nr. 987.

[6]) Neumann, Komm. I. S. 556; Pfaff-Schey Nr. 502. Dagegen wollen Demelius S. 396 f., Ullmann S. 86 aus dem § 235 (alte Zählung) dtsch. Z. P. O. die Worte „wegen einer später eingetretenen Veränderung" in den § 235 Z. P. O. einfügen; doch fehlen alle Anhaltspunkte für die Annahme eines Redaktionsversehens.

[7]) Pfaff-Schey Nr. 502, 1099 (Wechsel statt Bargeldes). — Der Wert des neuen Gegenstandes ist arg. § 29 Z. M. irrelevant, da keine Anspruchsänderung vorliegt; Demelius S. 396; Neumann, Komm. I. S. 537; a. M. Wachtel S. 222; Fragenbeantwortung S. 48.

[8]) Daher irrig R. Pollak, Konkursrecht S. 227.

[9]) Betzinger, Beweislast Nr. 183; Hellwig a. a. O. S. 499. So ist es denn keine Klagänderung, wenn bei einer negativen Feststellungsklage im Verfahren neue, in der Klage nicht genannte rechtsaufschiebende oder rechtshemmende Tatsachen vorgebracht werden.

[10]) Was das Gesetz nicht als Anspruchsänderung (Klagänderung) ansieht, das ist darum trotz des § 483 Z. P. O. auch in zweiter Instanz zulässig; v. Schrutka, Ius novorum S. 37; a. M. Beißer, Nova im Berufungsverfahren Anm. 8; Ott, Die Aufgabe der Berufung (in G. Z. 1902 S. 234).

[11]) Z. E. Nr. 277 (mit zum Teile anfechtbarer Begründung).

Bedürfnisse nach einer solchen dadurch ab, daß er dem Kläger gestattete, jederzeit seine Klage ohne Anspruchsverlust zurückzunehmen und eine geänderte Klage neu einzubringen (siehe S. 382 ff.). Das gemeine Prozeßrecht[12]) gestattete freieren Sinnes jene Klagänderungen, denen der Beklagte zustimmte. Im wesentlichen ist das auch der Standpunkt der §§ 235, 241 dtsch. Z. P. O. älterer Fassung. Allen diesen Gesetzgebungen liegt der Gedanke zugrunde, daß jede Klagänderung dem Beklagten eine neue Verteidigung aufnötige, in zweiter Linie auch wohl der von R. Schmidt hervorgehobene Gedanke, daß sie eine Klagerhebung in sonst unzulässiger Form, nämlich in der mündlichen Verhandlung sei. Das letzte Moment hat gegenwärtig namentlich in Österreich (§§ 236, 259, 391 Z. P. O.) weniger Bedeutung, und auch die Rücksicht auf die Verteidigung des Beklagten ist nicht mehr durchgreifend genug gewesen, um die Zivilprozeßordnung und nach ihrem Vorbilde die neue Fassung der deutschen Zivilprozeßordnung von einer Erweiterung des Rechtes auf die Klagänderung abzuhalten.

II. Die Klagänderung ist nur zulässig, insoweit durch sie nicht ein dem Rechtswege entzogener Anspruch auf diesen gebracht[13]) oder insoweit sie durch „die Zuständigkeit des Prozeßgerichtes nicht ausgeschlossen wird" (§ 235 Z. P. O.); Prorogierbarkeit ist aber nicht Zuständigkeit. Die Wahrung dieser Norm obliegt zunächst dem Gerichte (§ 41 J. N.; S. 344 ff.).

Innerhalb dieses Gebietes gilt folgendes: bis zur Streithängigkeit[14]) ist der Kläger zu jeder Klagänderung durch seine einseitige Erklärung berechtigt, also auch dann, wenn der geänderte mit dem ursprünglich geltend gemachten Anspruche weder im rechtlichen noch im tatsächlichen Zusammenhange steht;[15]) nur muß der Grundsatz des beiderseitigen Gehörs dahin gewahrt werden, daß auf die geänderte Klage ein Versäumnisurteil wider den Beklagten nur ergehen darf, wenn und bis ihm die geänderte Klage zugestellt ist (§ 402 Z. 1 Z. P. O.; siehe § 134 Z. 4 Z. P. O.). Im Konkurse darf sogar bis zur letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz auf Grund der als leges speciales nicht aufgehobenen §§ 134, 135 K. O. bei Liquidierungsprozessen der Kläger einseitig den Antrag auf die Feststellung der Rangordnung erweitern.[16]) Bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung erster Instanz ist ferner in jedem Verfahren jede Klagänderung zulässig, welcher der Beklagte zustimmt oder nach welcher er (aus welchem Grunde immer) vorbehaltlos über die geänderte Klage verhandelt; im Säumnisfalle des Beklagten kann dieser Tatbestand nicht entstehen. Endlich ist innerhalb des gleichen Zeitraumes jede Klagänderung trotz des Protestes („Einwendung") des

[12]) Renaud S. 190 ff.

[13]) Z. E. Nr. 277.

[14]) Also nicht bei der ersten Tagsatzung, selbst nicht im Säumnisfalle; Neumann, Komm. I. S. 555; Felix Mayer a. a. O.; Schauer, Z. P. O. S. 679; a. M. Fragenbeantwortung S. 68; zweifelhaft Wachtel S. 359.

[15]) A. M. Weißkopf, Die Erklärungspflicht nach § 301 E. O. (G. Z. 1901 S. 147).

[16]) R. Pollak, Konkursrecht S. 227.

Beklagten zulässig, aus welcher weder für das Gericht noch für den Beklagten eine erhebliche Erschwerung oder Verzögerung der Verhandlung zu besorgen ist.[17]) In diesem und nur in diesem Falle — er stellt die Erweiterung des Änderungsrechtes gegenüber dem gemeinen Rechte dar — ist die Klagänderung durch einen (mit Rekurs anfechtbaren) Beschluß zuzulassen, während in ihren anderen Fällen das Gericht nicht in Aktion tritt; trotz des Wortes „kann" im § 235 Abs. 3 Z. P. O. liegt übrigens die Entscheidung nicht im Belieben des Gerichtes; sie muß auf die Zulassung der Klagänderung lauten, wenn der gesetzliche Tatbestand hiefür gegeben ist (S. 115 f.). Andere als die genannten Klagänderungen sind unzulässig, insbesondere also solche in zweiter und dritter Instanz (§ 483 Z. P. O.); unzulässig sind auch Klagänderungen durch Vertauschung oder Hinzufügung eines Klaggrundes bei den Klagen nach §§ 35, 36 E. O., es sei denn die Geltendmachung des geänderten Anspruches im Zeitpunkte der Klagerhebung subjektiv oder objektiv unmöglich gewesen (§ 35 Abs. 3 E. O.); unzulässig Klagänderungen im Urkundenprozesse, welche die Beobachtung des § 553 Z. P. O.[18]) nicht ermöglichen. Dieses letzte Ergebnis wird damit begründet, daß § 553 Z. P. O. gegenüber § 235 Z. P. O. die lex specialis darstellt und daß § 553 Z. P. O. die Begrenzung enthält, welche durch die Gewährung des dem Kläger günstigen Urkundenprozesses erforderlich geworden ist.[19])

Die Wirkung der erfolgten und zugelassenen Klagänderung ist der Verzicht[20]) auf den ursprünglich erhobenen Anspruch; ein Verzichtsurteil ist im Gesetze bei der Klagänderung nicht vorgesehen, aber arg. § 394 Z. P. O. zulässig und zur Hervorrufung der Rechtskraft erforderlich, in der Praxis aber nicht üblich. Der geänderte Anspruch tritt an die Stelle des früheren und hat alle Wirkungen, als ob er am Tage und statt des früheren erhoben gewesen wäre.[21])

III. Über die Zulässigkeit der Änderung der in anderer Form, z. B. in Form von Feststellungsanträgen im Erkenntnisverfahren erhobenen Ansprüche spricht sich die Zivilprozeßordnung nicht aus. Auf S. 384 f. ist dargelegt, daß ihre jederzeitige Rücknahme selbst ohne den Verzicht auf den Anspruch zulässig ist; auf S. 372 f. ist ermittelt, daß sie bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung erster Instanz erhoben werden dürfen. Es ließe sich demnach nicht begründen, sie hinsichtlich der Änderung wie eine Klage zu behandeln, und zwar schon deshalb nicht, weil der Rechtsschutzwerber durch die Rücknahme des Antrages und die Erhebung eines neuen jede Beschränkung hinsichtlich der Anspruchsänderung

[17]) Die Frage der Erhöhung der Prozeßkosten als Folge der Zulassung der Klagänderung spielt hier mit Recht keine Rolle.

[18]) Dessen Besprechung bleibt vorbehalten.

[19]) Im Besitzstörungsverfahren und „Bagatellverfahren" gelten keine solche Beschränkungen, ebensowenig im Verfahren in Bestandsachen, dagegen im Syndikatsverfahren für andere als Syndikatsansprüche wegen der damit verbundenen Verschiebung des Instanzenzuges.

[20]) Ausnahme: bei Klagerweiterungen.

[21]) Ausnahme: für die Kostenersatzpflicht.

illusorisch machen könnte. Man gewinnt also folgendes Ergebnis: in erster Instanz (arg. § 482 Z. P. O.) ist bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung jede Änderung der zulässigerweise nicht in Klageform erhobenen Ansprüche durch die einseitige Erklärung des Rechtschutzwerbers gestattet, wenn der geänderte Anspruch auch als ursprünglich erhobener zulässig wäre.

IV. Das Exekutionsverfahren. Zu einer Änderung des Vollstreckungsanspruches ist kein Anlaß. Auch zu jener des Exekutionsbewilligungsantrages bietet das Exekutionsverfahren nach seiner Anlage in der Regel weder einen Raum noch den Anlaß; steht doch die Rücknahme der Anträge auf die Exekutionsbewilligung ohne einen Verzicht auf den Vollstreckungsanspruch frei (S. 386). Nur in einem[22]) Ausnahmsfalle ist darum eine solche Anspruchsänderung vorgesehen. Wird nämlich einem betreibenden Gläubiger das Zwangsversteigerungsverfahren auf Immobilien eingestellt (§ 207 E. O.), so darf er binnen 14 Tagen die Einverleibung des richterlichen Pfandrechtes in der Rangordnung der Anmerkung des Versteigerungsverfahrens beantragen (§ 208 E. O.); er verändert also mit rückwirkender Kraft das Versteigerungs- in ein Pfändungsverfahren. Die Norm dient der Begünstigung des Versteigerungsverfahrens; ohne sie könnte ein vorsichtiger Gläubiger sich kaum zur unmittelbaren Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens verstehen.

Der Teilnahmeanspruch darf (siehe S. 387) insolange geändert werden, als die mündliche Verhandlung über ihn nicht beendet ist.

Der Sicherungsanspruch steht — in allen Sicherungsfällen — dem Vollstreckungsanspruche gleich.

§ 80. Die Verteidigung. Das Anerkenntnis.

I. Der Angegriffene hat die Wahl, ob er sich verteidigen oder ob er die Verteidigung unterlassen wolle (S. 90 ff.). Wählt er die Verteidigung, so kann dieselbe entweder den Zweck verfolgen, die Sachentscheidung zu verhindern,[1]) oder jenen, ihr einen dem Angegriffenen günstigen Inhalt zu geben. Im ersten Falle müssen entweder Mängel der Prozeßvoraussetzungen oder Prozeßeinreden geltend gemacht werden, damit die Verteidigung erfolgreich sein könne, oder es muß etwa der Fall des § 23 Z. P. O. (nominatio auctoris) oder des § 307 E. O. (Deponierung der gepfändeten Forderung durch den Drittschuldner) vorliegen. Im zweiten Falle kann die Verteidigung in der Bestreitung der tatsächlichen oder rechtlichen Grundlagen des Rechtsschutzanspruches (Klageleugnung), in der Vorbringung von rechtsvernichtenden oder von rechtshemmenden Sacheinreden bestehen.

---

[22]) § 311 Abs. 1 E. O. gehört nicht hieher.

[1]) Im Urkundenprozesse und im Exekutionsverfahren: die Aufhebung der gefällten Entscheidung herbeizuführen.

Unter Einreden[2]) versteht das Gesetz Tatbestände, welche den an sich begründeten Rechtsschutzanspruch in concreto als unbegründet erscheinen lassen (§§ 189, 239, 240, 482 Z. P. O.). Sie zerfallen vom Standpunkte des Prozeßrechtes aus in rechtsvernichtende und rechtshemmende, in Sach- und Prozeßeinreden,[3]) in prozeßhindernde und nichtprozeßhindernde. Die rechtsvernichtenden Einreden, z. B. der Zahlung, der datio in solutum, vernichten den Anspruch, die rechtshemmenden machen ihn durch einen Anfechtungsgrund, eine Gegenforderung oder ein Zurückbehaltungsrecht (für immer oder derzeit) unwirksam. Die Einteilung in Prozeß- und Sacheinreden beruht darauf, ob der Tatbestand der Einrede dem Rechtsschutzanspruche oder dem Verfahren über ihn entgegentritt; Beispiele: die Einrede der Verjährung, jene der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten. Prozeßhindernde Einreden endlich sind solche, welche den Angegriffenen berechtigen, bei ihrer — befugten und unbefugten — Geltendmachung die Verhandlung zur Hauptsache abzulehnen, bis über die prozeßhindernden Einreden entschieden ist; die anderen berechtigen hiezu nicht. Die prozeßhindernden Einreden spielen im gemeinen, im früheren österreichischen und im Rechte der deutschen Zivilprozeßordnung § 274 eine große und gefährliche Rolle, gefährlich, weil sie der Prozeßschikane Raum geben; sie provozieren häufig ein langwieriges Vorverfahren vor der Verhandlung zur Hauptsache.[4]) Es ist sehr erfreulich, daß die Zivilprozeßordnung als einzigen kärglichen Rest dieses Institutes den Antrag auf die Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten kennt (§ 61 Z. P. O.); keine einzige andere Einrede berechtigt den Beklagten, mit anderen Verteidigungsmitteln zurückzuhalten (§ 260 Z. P. O.).

II. Im Erkenntnisverfahren ist der Angegriffene in der Wahl dieser „Verteidigungsmittel“[5]) nicht völlig frei. Die Rüge von Mängeln der Prozeßvoraussetzungen, die Erhebung von Prozeßeinreden und rechtshemmenden Sacheinreden steht zwar in seinem Ermessen; er kann sie oder einzelne von ihnen nach seinem Belieben vorbringen oder nicht vorbringen;[6]) nur unbegründet darf er sie wissentlich nicht vorbringen. Anders steht es mit der Klageleugnung und den rechtsvernichtenden Einreden. Diese ergeben sich aus dem Sachverhalte, hängen ihrer Natur nach nicht von einer Geltendmachung durch den angeblichen Schuldner ab, würden außerhalb des Prozesses ohne irgend eine Erklärung desselben wirken. Da nun im Prozesse der Angegriffene, der sich verteidigt, „alle...

---

[2]) v. Schrutka, Ius novorum S. 40 ff.; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I. S. 442 ff. Etwas anderes sind die „Einwendungen“; siehe § 235 Z. P. O., §§ 35, 36 E. O.

[3]) Bülow, Lehre von den Prozeßeinreden, Krainz a. a. O. S. 443 verwerfen den Begriff der Prozeßeinreden; allein dessen Existenz im österr. Recht ist von Heyßler in Grünhuts Zeitschr. I. S. 132, 146; R. Pollak i. e. l. XVIII. S. 98 ff. nachgewiesen.

[4]) Klein, Pro futuro S. 51 ff.; siehe oben S. 349 f.

[5]) In diesem Sinne gebraucht die Zivilprozeßordnung diesen terminus regelmäßig; in einem engeren ist er ausnahmsweise im § 250 Z. P. O. verwendet.

[6]) A. M. für die kompensable Gegenforderung Urban in Jur. Vrtjschr. XXXIV. S. 39.

Umstände der Wahrheit gemäß vollständig ... anzugeben hat" (§ 178 Z. P. O.), darf er die Tatbestände nicht verschweigen, welche eine Klageleugnung oder eine rechtsvernichtende Einrede begründen. Nun sind solche Umstände selbst im Säumnisfalle zu Ungunsten des Klägers zu berücksichtigen (§ 396 Z. P. O.), umsomehr im Falle des kontradiktorischen Verfahrens. Konsequenterweise folgt aber daraus, daß der Angegriffene auf die Klageleugnung und die rechtsvernichtende Einrede auch nicht verzichten darf; denn sonst hätte die Vorschrift des § 178 Z. P. O. keinen Sinn, daß er die sie begründenden Tatsachen anführen muß. Dieses Ergebnis, daß vom Gerichte die aus dem Sachverhalte sich ergebenden Klageleugnungen und rechtsvernichtenden Einreden auch ohne Verlangen des Beklagten zu berücksichtigen sind,[7]) wird noch dadurch gesichert, daß die Zivilprozeßordnung vom Beklagten zwar eine vollständige, wahre Geschichtserzählung, aber keinen Sachantrag fordert,[8]) wenn derselbe auch in der Praxis so gut wie nie fehlt.

Anders liegt die Sache im Exekutionsverfahren. Dieses ist im Gegensatze zum Erkenntnisverfahren auf einen Streit kaum eingerichtet, weil vorausgesetzt wird, alle in ihm relevanten Ansprüche seien in öffentlicher Form oder überhaupt beurkundet durch einen Exekutionstitel, ein Pfändungsprotokoll, ein Grundbuch u. dergl. mehr. Insoweit dies zutrifft, kann es ja einen Tatsachenstreit im Exekutionsverfahren nicht geben; darum steht dann für das rechtliche Gehör dem Angegriffenen nur der Rechtsmittelweg offen, der zur Austragung von Rechtsfragen ausreicht. In diesem ist der Rekurrent in der Wahl der Verteidigungsmittel ganz frei. Kommt es aber ausnahmsweise doch zu einem Tatsachenstreit im Erkenntnisverfahren, wie z. B. anläßlich der Pfändung von Sachen Dritter, anläßlich einer Exekutionsstundung oder Meistbotsverteilung, so erweist sich das Exekutionsverfahren nach seiner Anlage fast als ungeeignet zur Austragung desselben und der Streit wird darum in der Regel — nicht immer[9]) — in ein besonderes Erkenntnisverfahren verwiesen; Beispiele bieten die Klagen der §§ 10, 35, 36, 37, 40, 231, 258 E. O. Diese Erkenntnisverfahren bilden dann einen Zwischenstreit des Exekutionsverfahrens, welcher der Regel nach das letztere zu hemmen vermag. Ist auch durch diese Einrichtung der besonderen Erkenntnisverfahren der in die Klägerrolle Gezwungene bisweilen recht belastet und, wenn er sonst der Angegriffene ist, gezwungen, die ungünstige Klägerrolle statt der günstigeren des Beklagten zu übernehmen, so gewinnt doch durch diese Trennung der lediglich rechtlichen von der auch oder lediglich tatsächlichen Verteidigung das Exekutionsverfahren ungemein an Konzentration.

---

[7]) Regelsberger, Pandekten I. S. 686; v. Canstein S. 145 sagt, das Gericht „könne" diese Einreden ohne Antrag des Beklagten berücksichtigen.

[8]) Vergl. Pfaff-Schey Nr. 526.

[9]) Siehe z. B. § 39 E. O.; Z. E. Nr. 394; O. G. H. vom 3. Jänner 1889 Z. 17687/98, Fellner-Ohmeyer Nr. 100. — Aber auch in diesen Ausnahmsfällen ist die Situation im wesentlichen gleich der im Text dargestellten.

III. Über die Zeit der Verteidigung siehe §§ 89, 92.

IV. Die Rücknahme der Verteidigung. Das Anerkenntnis des Rechtsschutzanspruches ist die Erklärung des Angegriffenen, der Anspruch bestehe zu Recht; mit dem Tatbestande und dem gerichtlichen Geständnisse hat es nichts zu tun. Es steht dem Angegriffenen jederzeit frei, wenn das (gültige) Verfahren nicht unterbrochen ist oder ruht. Im Erkenntnisverfahren ist es bei einer mündlichen Verhandlung abzugeben (die Ausnahmen siehe beim Verzicht, § 78 I; § 395 Z. P. O.), damit es wirksam sei; im Exekutions- und Sicherungsverfahren kann es dem Gerichte auch schriftlich erklärt werden. Das Anerkenntnis ist ausdrücklich dem Gerichte gegenüber abzugeben, wirkt durch seine Abgabe ohne Annahmeerklärung des Gegners, kann nur mit dessen Zustimmung zurückgenommen werden.

Die prozessuale Wirkung des Anerkenntnisses besteht im Erkenntnisverfahren darin, daß es dem Prozeßgegner den Anspruch auf Fällung eines (ihm günstigen) Anerkenntnisurteiles unter Ausschluß jeder Sachprüfung[10]) des Gerichtes gibt (§ 395 Z. P. O.); die Prüfungsbefugnis des Gerichtes beschränkt sich dann auf die von Amts wegen zu ermittelnden Punkte. Außerprozessuale Wirkungen hat dieses Anerkenntnis nicht; siehe hiezu auch die Ausführungen im § 78 I. Im Exekutions- und Sicherungsverfahren spielt das Anerkenntnis nach der Natur der Sache eine geringe Rolle, im Exekutionsverfahren z. B. nur bei der Meistbotsverteilung; die Wirkung ist gleich jener im Erkenntnisverfahren.

Eine Rücknahme rechtshindernder Einreden steht jederzeit vor der Fällung der Entscheidung, also auch im Berufungsverfahren frei; das Gesetz sagt es zwar nicht expresse, doch folgt es aus seinem Grundsatze der Dispositionsfreiheit der Parteien über ihre Privatrechte. Dagegen steht die Rücknahme der Klageleugnung und der rechtsvernichtenden Einreden arg. § 178 Z. P. O. nicht frei (siehe II), es seien denn die zurückzunehmenden Tatsachenbehauptungen unrichtig.[11]) Darnach ist die bisher unterschiedlos bejahte oder verneinte Frage[12]) zu beantworten, ob Einwendungen im Urkundenprozesse zurückgezogen werden können: ja, wenn sie und insoweit sie rechtshindernde Einreden geltend machen, sonst nein. In jedem Falle aber kann das Verfahren nur durch eine Entscheidung oder einen Vergleich zu einem Exekutionstitel führen.[13])

Die Resultate des vorhergehenden Absatzes können im Berufungsverfahren eine Abänderung dahin erfahren, daß dem Angegriffenen (Beklagten) eine erweiterte Rücknahmemöglichkeit gegeben ist. Macht er nämlich die Verwerfung seiner Klageleugnung oder seiner Einreden durch

---

[10]) Auch die bereits gewonnenen Verhandlungsergebnisse bleiben unberücksichtigt.

[11]) R. Pollak, Zur Lehre von der Stoffsammlung S. 23.

[12]) Pfaff-Schey Nr. 102; Schwalb in G. Z. 1899 S. 381 ff.; v. Canstein S. 248; Fiocchi in G. Z. 1898 Nr. 7. Wolf, Zur Lehre vom Urkundenprozeß (in Jur. Bl. 1900 Nr. 22 ff.) erklärt, die Einwendungen dürfen zurückgezogen werden, da sie Rechtsmitteln gleichstehen. Vergl. Judik. Buch Nr. 14.

[13]) Pfaff-Schey Nr. 102; a. M. v. Canstein S. 248.

die Entscheidung erster Instanz nicht als Berufungsgrund geltend, so darf sie das Berufungsgericht nicht überprüfen[14]) (arg. §§ 467 Z. 3, 471 Z. 3, 474, 483 Z. P. O.). Dasselbe gilt im Rekursverfahren.

Im Exekutions- und Sicherungsverfahren gelten die Grundsätze des Erkenntnisverfahrens.

V. Die Änderung der Verteidigung steht in demselben Umfange frei, wie ihre Rückziehung, die Ergänzung derselben durch neue rechtshindernde Einreden bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung erster Instanz, durch andere Verteidigungsmittel bis zu demselben Zeitpunkte, wenn keine Prozeßschikane vorliegt (§ 179 Z. P. O.). Über Nova im Rechtsmittelzuge siehe § 92.

§ 81. Der Vergleich.[1])

I. Die Konsequenz erfordert, daß den Prozeßparteien, denen freisteht, Ansprüche zu erheben und darauf zu verzichten, sie anzuerkennen oder sich wider sie zu verteidigen, auch gestattet sei, über diese sich anderweitig zu einigen, selbst wenn sie schon im Prozesse streithängig sind. Eine solche Einigung darf privat oder gerichtlich, und wenn der Anspruch noch nicht streithängig ist (arg. § 240 Abs. 3 Z. P. O.), auch vor Gemeindevermittlungsämtern (Gesetz vom 21. September 1869 Nr. 150), Polizeibehörden (J. M. Erl. vom 18. Juni 1853 Nr. 114) oder anderen zu Vergleichsaufnahmen berufenen Organen, namentlich Schiedsrichtern (§ 1 Z. 15, 16 E. O.; S. 29) erfolgen. Private Einigungen können Vergleiche, Novationen u. s. f. sein; sie berühren den Prozeß nicht,[2]) der ohne Rücksicht auf sie seinen Fortgang nimmt, weil sie keine Prozeßhandlungen sind; soll eine solche Einigung prozessual relevant werden, so muß sie in erster Instanz als rechtsvernichtende Einrede geltend gemacht werden (siehe auch § 530 Z. 7 Z. P. O.). Einen Exekutionstitel bilden diese privatrechtlichen Einigungen nicht[3]) und beenden auch den Prozeß nicht. Von ihnen unterscheiden sich die vor Gericht erfolgenden Einigungen scharf; sie erlangen die Vollstreckbarkeit und eine der Urteilsrechtskraft gleiche Wirkung.

Die frühere österreichische Gesetzgebung und die Praxis haben die gerichtlichen Vergleiche sehr begünstigt. Zwar hat die allgemeine Gerichtsordnung im § 269 noch strenge jeden Vorteil der Vergleiche für das Gericht abgewehrt, dem Richter verbietend, Vergleiche zu urgieren,

---

[14]) Die Praxis findet sich schwer in diese, aus dem Wesen des jetzigen Berufungsverfahrens sich ergebende Situation; allgemein a. M. Pfaff-Schey Nr. 526, 528; für alle Einreden a. M. Pfaff-Schey Nr. 539, 555; Beißer, Nova S. 16 ff.

[1]) Eine österreichische Monographie fehlt; Gl. U. Nr. 7180; Z. E. Nr. 338; Paul, Der Vergleich (1898); Kohler in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXIX. S. 39 ff.; Dronke, Der Prozeßvergleich als Ersatz der gerichtlichen und notariellen Beurkundung (in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XXX. S. 47 ff.).

[2]) Das erkannte schon das Hofd. vom 5. Oktober 1785, J. G. S. Nr. 476.

[3]) Wohl aber die vor den genannten Behörden erfolgten.

„sein richterliches Ansehen (zur Beförderung des Vergleichsabschlusses) einzumengen"; aber schon § 23 Summ. Pat. schrieb dem Gerichte vor, in jedem Prozesse, etwa zu Beginn desselben, einen Vergleich zu versuchen. Dabei spielte die Rücksicht auf die Entlastung der Gerichte wohl ebenso mit als jene auf den anscheinend für die Parteien darin liegenden Vorteil, daß sie den damals recht langwierigen Prozeß ganz oder zum Teile vermeiden und der Unsicherheit seines Ausganges begegnen. Daß das erste Argument eines modernen Staates unwürdig ist, wird jetzt allgemein anerkannt; aber auch das zweite ist falsch. Denn der Vorteil, den die Parteien durch die Einigung gewinnen, ist gar häufig mit einer empfindlichen Schädigung ihres Rechtsgefühles teuer bezahlt; und eine starke Neigung der Rechtsuchenden zu Vergleichsabschlüssen ist überhaupt ein Zeichen eines schwachen Volkscharakters oder des Mißtrauens in die Güte der Rechtsprechung, eine starke Neigung des Gerichtes, Vergleiche herbeizuführen, ein Zeichen von Entscheidungsfurcht, des Mißtrauens in seine eigene Fähigkeit, Recht zu sprechen. So hat denn die Zivilprozeßordnung mit gutem Grunde das Gericht der Pflicht zu Vergleichsversuchen enthoben und die Vertagung der Verhandlung zu diesen Zwecken verboten (§ 204 Z. P. O.), beides zweckmäßige Maßregeln zur Verminderung der Vergleiche; die beste Maßregel bleibt freilich die Güte, Billigkeit und Schnelligkeit der Rechtsprechung.

II. Der gerichtliche Vergleich besteht in übereinstimmenden Dispositiverklärungen beider Parteien, durch welche der Rechtsstreit ganz oder zum Teile gütlich beigelegt wird[4]) (§ 204 Z. P. O.). Diese im Gesetze ausgesprochene Bestimmung des gerichtlichen Vergleiches unterscheidet ihn grundsätzlich vom privatrechtlichen Vergleiche. Denn nach dem Prozeßrechte ist es keine Voraussetzung des gerichtlichen Vergleiches, daß es sich um streitige oder zweifelhafte Ansprüche handle, und auch nicht, daß die Parteien einander oder daß eine der anderen nachgibt (§ 1381 a. b. G. B.); es ist vielmehr nicht mehr erforderlich, als daß die Parteien vor Gericht sich über die Befriedigung befriedigungsbedürftiger Ansprüche gütlich einigen. Somit ist der prozeßrechtliche Vergleich ein von jenem des bürgerlichen Rechtes verschiedenes Institut, welches leider und verwirrenderweise denselben Namen trägt; die frühere österreichische Literatur[5]) war sich denn auch dieser Verschiedenheit völlig bewußt, während die Praxis[6]) und die Literatur des modernen deutschen und österreichischen Prozeßrechtes[7]) die Institute identifizieren. Das ist umso bedenklicher, als sie nach Wirkung und Voraussetzungen voneinander verschieden sind.

Den Gegenstand des gerichtlichen Vergleiches können alle befriedigungs-

[4]) A. M. Z. E. Nr. 338; Wachtel S. 191.

[5]) Unger II. S. 618 Anm. 7; v. Canstein Lehrbuch I. S. 596; Hasenöhrl, Obligationenrecht § 82 Anm. 14; Ullmann, Lehrbuch S. 504.

[6]) Gl. U. Nr. 7180; Z. E. Nr. 338.

[7]) Demelius S. 362 (der gerichtliche Vergleich ist ein Neuerungsvertrag); Wachtel S. 191; Trutter S. 101. Für die herrschende deutsche Lehre siehe die Belege bei Paul S. 43 ff.; den dort Zitierten ist jetzt noch Kohler a. a. O.; Dronke S. 70 hinzuzufügen.

bedürftigen Leistungsansprüche bilden, denen nicht „aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit die Gültigkeit oder Klagbarkeit versagt ist" (§ 81 Z. 4 E. O.); ohne diese Beschränkung müßte der Staat dort, wo er den Anspruchschutz verweigert, ihn doch auf einem Umwege gewähren: so gibt es z. B. keinen Vergleich auf die Eheschließung (§ 45 a. b. G. B.). Feststellungs- und Rechtsgestaltungsansprüche sind einer Befriedigung durch den Angegriffenen und darum eines gerichtlichen Vergleiches nicht fähig (§ 205 Z. P. O.), wenn auch „die Anerkennung eines Rechtsverhältnisses" den Vergleichsgegenstand bilden kann.

Die Voraussetzungen des gerichtlichen Vergleiches sind: die allgemeinen Voraussetzungen für die Gültigkeit jeder Prozeßhandlung (S. 356 ff.) und die gerichtliche Beurkundung des Vergleiches.

a) Ist der Anspruch streithängig, so muß somit ein gültiger Prozeß vorliegen, es müssen alle Prozeßvoraussetzungen gegeben sein. So muß beispielsweise der Rechtsweg für den zu vergleichenden Anspruch offen stehen, die Prozeßparteien müssen parteifähig und prozeßfähig oder gehörig vertreten sein u. s. f. Fehlt ein solches Gültigkeitserfordernis des gerichtlichen Vergleiches, so ist er unzulässig. Dagegen ist es nicht erforderlich, daß der zu vergleichende Anspruch streithängig sei. Es ist vielmehr arg. § 433 Z. P. O., § 1 Z. 5 E. O. zulässig, gerichtliche Vergleiche in Verbindung mit streithängigen auch über nicht streithängige Ansprüche, ja bis zu 1000 K lediglich über nicht streithängige Ansprüche abzuschließen — im Jahre 1900 wurde das 273.200mal versucht — auch einen Dritten, der also noch nicht Partei war, dem Vergleiche zuzuziehen; nur müssen die Gültigkeitsvoraussetzungen des Prozeßrechtes für die Vergleichsprozeßhandlung vorhanden sein. In keinem Falle wird gefordert, daß die Voraussetzungen für die Gültigkeit eines privatrechtlichen Vergleiches gegeben seien;[8]) Differenzen zwischen dem bürgerlichen und dem Prozeßrechte, wie sie z. B. bezüglich der Handlungs- und Prozeßfähigkeit bestehen, sind somit irrelevant; ebenso irrelevant ist es, ob nach bürgerlichem Rechte etwa Solennitätsformen für jenes Rechtsgeschäft vorgeschrieben sind, welches nun den Vergleichsgegenstand bildet, z. B. ein Notariatsakt, eine Beglaubigung der Unterschrift.

b) Die zweite, nur für den gerichtlichen Vergleich aufgestellte Voraussetzung ist, daß er gerichtlich beurkundet[9]) und daß diese Beurkundung (das Protokoll) auch von den Parteien unterschrieben sei (§ 212 Z. P. O.; Art. XXI Einf. Ges. zur Z. P. O.). Die Wahrung dieser Vergleichsvoraussetzungen sowie jener über die Zulässigkeit des Vergleichsgegenstandes obliegt dem Gerichte; es hat von Amts wegen die Aufnahme unzulässiger Vergleiche abzulehnen. Ist trotz des Mangels einer der genannten Voraussetzungen ein gerichtlicher Vergleich abgeschlossen, so darf das Gericht, welches ihn aufnahm, diese Mängel nicht mehr geltend

[8]) A. M. Dronke a. a. O. S. 55 ff.

[9]) Schauer, Z. P. O. S. 715; a. M. v. Fürstl I. S. 312: aber ein nicht protokollierter Vergleich ist kein gerichtlicher; es tritt dann das Ruhen des Verfahrens ein.

machen, den Vergleich nicht mehr angreifen (arg. ex analogia des § 416 Abs. 2 Z. P. O.). Aber damit ist die Frage noch nicht beantwortet, ob die Parteien den Vergleich nicht wegen dieser Mängel anfechten dürfen. Die Frage wird zwar allgemein mit der Begründung verneint, der Vergleich schließe seiner Natur nach Rechtsmittel aus; allein aus den §§ 204—206 Z. P. O. ergibt sich nur zum Teile die Richtigkeit dieser Antwort. Die Anfechtung eines gerichtlichen Vergleiches durch eine Partei muß nämlich darnach ausgeschlossen sein, wenn sie seinen Inhalt betrifft, mag diese Anfechtung aus welchem Grunde immer geschehen, sei es wegen neu aufgefundener Beweismittel (§ 530 Z. P. O.), sei es auf Grund der Normen des bürgerlichen Rechtes, z. B. wegen eines Irrtums in der Wesenheit des Vergleichsgegenstandes; der gerichtliche Vergleich ist eben kein privatrechtlicher Vergleich, die Prozeßhandlung keine privatrechtliche Erklärung, ihr Zweck lediglich die Beilegung des Rechtsstreites. Insoweit dagegen die Zulässigkeit des Vergleiches in Frage steht, darf die Partei ihn anfechten. Es ist nirgends geboten und wäre auch nicht zu begründen, warum ein gerichtlicher Vergleich aufrechterhalten werden sollte, den z. B. ein nicht Prozeßfähiger abschloß. Die aus der hier vorgeschlagenen Lösung sich ergebende Schwierigkeit besteht nur darin, daß alle „Rechtsmittel" eine gerichtliche „Entscheidung" voraussetzen und somit auf den die Entscheidung verhindernden gerichtlichen Vergleich nicht zu passen scheinen. Allein die Schwierigkeit läßt sich überwinden, wenn man erwägt, daß der gerichtliche Vergleich, die Entscheidung verdrängend, sie gleichzeitig ihrer Wirkung nach völlig ersetzt (siehe unten); bei dieser Auffassung kann man zwar die Berufung und den Rekurs gegen den Vergleich nicht zulassen,[10]) weil sie „Entscheidungen" voraussetzen; aber es besteht kein Anstand, die Klage nach § 39 Z. 1 E. O. auf Ungültigkeit oder Unwirksamkeit des gerichtlichen Vergleiches wegen des Mangels in den prozessualen Vergleichsvoraussetzungen zuzulassen;[11]) hat diese Klage Erfolg, so ist der durch den Vergleich erledigte Prozeß wieder wie nach einer erfolgreichen Nichtigkeitsklage aufzunehmen.

Die Wirkung des gerichtlichen Vergleiches ist eine prozessuale und eine privatrechtliche; die letztere entnimmt er der prozessualen,[12]) nämlich seinem streitbeendenden Effekte; er ist zum Unterschiede von allen anderen Prozeßhandlungen ja nicht bestimmt, die Entscheidung herbeizuführen, sondern dazu, sie zu ersparen, indem er sie ersetzt; in diesem Sinne ist der gerichtliche Vergleich allerdings, wie Paul (freilich weitergehend) gegen die herrschende Lehre sagt, ein Urteilssurrogat. Die prozessuale Wirkung besteht darin, daß der Vergleich, den Prozeß ipso iure beendend,[13]) nach Art einer Entscheidung unabänderlich, für die Parteien bindend ist, und ein Vollstreckungstitel zwar nicht sein muß (§ 205 Z. P. O.), aber

[10]) Z. E. Nr. 258; vergl. auch Z. E. Nr. 338.

[11]) A. M. Gl. U. Nr. 7180; Z. E. Nr. 338; Hellwig, Rechtskraft S. 446 Anm. 40.

[12]) A. M. Kohler a. a. O. S. 40.

[13]) Paul S. 20; Kohler a. a. O. S. 39; Wach I. S. 577; a. M. Eccius in Gruchots Beitr. XXX. S. 790 und Viele.

stets dann ist, wenn in ihm eine Leistung in Zukunft zugesichert ist (§ 204 Z. P. O.; § 1 E. O.); diese Wirkung vermögen die Parteien dem gerichtlichen Vergleiche nur durch seine erfolgreiche Anfechtung ganz, durch nachfolgende[14]) Vereinbarungen aber nur wie einem Urteile zu benehmen: das heißt der Prozeß bleibt dann doch beigelegt, kann nicht fortgesetzt,[15]) wohl aber kann auf die neue Vereinbarung eine Klage nach §§ 35, 36 E. O. gestützt werden. Die privatrechtlichen Wirkungen richten sich nach dem bürgerlichen Rechte.

Der Inhalt des Vergleiches richtet sich nach den Erklärungen der Parteien. Er muß (erfolgt er in einem Erkenntnisverfahren) eine unbedingte „Beilegung des Rechtsstreites" oder des verglichenen Teiles desselben sein; erfüllt er aber dieses Erfordernis, so darf er auch eine bedingte, betagte Leistung festsetzen, muß dann aber auch nun den Fall erledigen, daß die Suspensivbedingung nicht eintritt, die Resolutivbedingung eintritt. Über die Prozeßkosten braucht der Vergleich nichts zu enthalten, auch wenn er den ganzen Prozeß erledigt; dieselben sind dann unzweckmäßigerweise[16]) gegenseitig aufgehoben[17]) (§ 47 Z. P. O.). Die Festsetzung der Höhe der Prozeßkosten darf dem Gerichte vorbehalten bleiben.

III. Das Verfahren spielt sich grundsätzlich vor dem Prozeßgerichte erster oder höherer Instanz, im Erkenntnis-, Sicherungs- oder Exekutionsverfahren ab, so daß ein ersuchter oder beauftragter Richter als solcher zur Vergleichsaufnahme nicht berechtigt ist;[18]) doch macht dieser Mangel in der Zuständigkeit den Vergleich nicht ungültig oder unwirksam (§ 477 Z. P. O.; § 1 Z. 5 E. O.). Auch darf das Prozeßgericht mit der Zustimmung beider Parteien einen ersuchten, vor Gerichtshöfen auch einen beauftragten Richter mit der Durchführung der Vergleichsverhandlung betrauen (§ 204 Z. P. O.). Die Anregung zum Vergleiche darf vom Gerichte oder von einer Partei ausgehen. Wird sie von einer Partei in Rechtssachen von nicht mehr als 1000 K beim (auch sonst zuständigen) Bezirksgerichte des Wohnsitzes[19]) des angeblichen Schuldners vor der Klagerhebung gemacht, so ist eine ausschließlich dem Vergleichszwecke dienende Tagfahrt anzuberaumen, deren Versäumung keine Versäumungsfolgen hat[20]) (§ 433 Z. P. O.). Ist der Prozeß schon im Zuge, so bildet der Vergleichsantrag keinen Vertagungsgrund, hemmt auch das Verfahren nicht[21]) (§ 204 letzter Satz Z. P. O.); die Verweisung der Vergleichsverhandlungen vor einen beauftragten oder ersuchten Richter darf darum nur geschehen, wenn

---

[14]) Paul S. 23 erklärt sie gegen die herrschende Lehre als unzulässig, Kohler a. a. O. S. 45 als überflüssig.

[15]) Kretschmar, Über den Vergleich im Prozesse S. 57 ff.; a. M. Kohler a. a. O. S. 47.

[16]) Erfolglos haben dagegen während der Beratungen Demelius, Kritische Studien II. S. 74 ff.; R. Pollak in G. Z. 1894 S. 271 protestiert.

[17]) Pfaff-Schey Nr. 178.

[18]) A. M. v. Fürstl I. S. 311.

[19]) Es genügt aber, wenn der angebliche Schuldner an dem Orte wohnt, an dem sich das eine von den mehreren Bezirksgerichten befindet; § 433 Z. P. O.

[20]) Über den Geschäftsgang siehe § 147 G. O.

[21]) Neumann, Komm. I. S. 499; a. M. v. Fürstl I. S. 311, für einen einzelnen Fall wohl auch Horten in Gellers Ztbl. XIX. S. 968.

die Verhandlung ohnedies nicht zur Entscheidung führt, und diese Verweisung hemmt auch den Prozeßfortgang nicht.

Der Vergleich darf von einem Parteieide, nicht aber von anderen Beweisergebnissen[22]) abhängig sein. Die Eidesablegung ist zu befristen, und es ist für den Fall der Nichtablegung im Vergleiche vorzusorgen. Ein Gerichtsbeschluß über den abgeschlossenen Vergleich erfolgt nicht (§ 129 G. O.), es sei denn ein Eid abzunehmen oder die Höhe der Prozeßkosten festzusetzen.

§ 82. Das beiderseitige Gehör.[1])

I. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs bedeutet, daß das Gericht nicht entscheiden, gegen jemanden verfahren dürfe, ohne ihm Einfluß auf den Inhalt der Entscheidung, des Verfahrens gegeben zu haben. In diesem Sinne ist der Satz jedem Verfahren eigen, welches den Anspruch erhebt, eine Rechtsordnung zu sein: neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur.[2]) Im Zivilprozesse erweitert er sich zum Grundsatze des beiderseitigen rechtlichen Gehörs, dem das deutsche Rechtssprichwort entspricht: „Eines Mannes Rede ist keines Mannes Rede, man soll sie hören alle beede". Der terminus ist allzu enge, nämlich nur auf den normalen Fall des Erkenntnisverfahrens mit seinem Zweiparteienverhältnis zugeschnitten, während schon im Erkenntnisverfahren manchmal (z. B. beim Zwischenstreite des Nebenintervenienten mit den Prozeßparteien), im Exekutionsverfahren häufig (z. B. beim Vorhandensein von Beteiligten) mehr Personen als die zwei Parteien den Anspruch auf das rechtliche Gehör haben müssen und haben. Man sollte darnach von einem drei-, mehrseitigen rechtlichen Gehör reden; doch ist das nicht üblich und wird darum hier vermieden.

Der Anspruch auf dieses Gehör steht jedenfalls den Prozeßparteien zu; das ist wie seit jeher auch jetzt Rechtens. Wem es außer diesen zusteht, das ist lediglich eine Frage des positiven Rechtes, nach keiner Begriffsentwicklung zu beantworten. Denn man kann weder sagen, daß jenen Anspruch nur die haben, welche von den Rechtswirkungen der Entscheidung in ihren Rechten berührt werden, noch, daß diese Personen ihn alle haben; gegen die erste Alternative stehen die Nebenintervenienten, gegen die zweite die Fälle der erweiterten Rechtskraft: Nebenintervenienten haben den Anspruch auf ein rechtliches Gehör, obwohl sie nur ein rechtliches Interesse am Prozeßausgange haben; der Verpflichtete hat es im Prozesse nach § 310 E. O. nicht, obwohl ihn die Rechtskraft des Urteiles trifft. Nur als eine nicht ausnahmslose Regel kann man es darum aufstellen, daß außer den Prozeßparteien jene und nur jene rechtliches Gehör verlangen dürfen, welche von den Rechtswirkungen der Entscheidung, des

[22]) v. Canstein S. 134; a. M. Neumann, Komm. I. S. 497; wohl auch Trutter S. 101 f.

[1]) Renaud § 98; v. Canstein, Rationelle Grundlagen S. 5 ff. Siehe oben S. 89 ff.

[2]) L. 1 D. 48, 17.

Exekutions- oder Sicherungsverfahrens in ihren Rechten berührt werden. Die Feststellung des Kreises der hiehergehörenden Personen ist unter anderem deshalb wichtig, weil nur sie die Berechtigung zur Einlegung von Rechtsmitteln haben.[3])

Der Begriff des rechtlichen Gehörs hat im Zeitenlaufe gewechselt (siehe S. 89 ff.). Im älteren römischen und deutschen Rechte wurde der Grundsatz wörtlich aufgefaßt: wem das rechtliche Gehör zustand, der mußte davon Gebrauch machen, damit es zu einer Entscheidung kommen könne; ein solcher konnte also durch seine Untätigkeit jede Entscheidung verhindern. Es war nur eine Konsequenz dieses Gedankens, daß man durch Zwangsmaßregeln (missio in bona, Friedloslegung) den Untätigen zur Streiteinlassung, zur Tätigkeit zwang, und daß man diese Streiteinlassung in jedem Falle ausdrücklich feststellte: der Formalakt der litis contestatio diente dazu. Denn wenn man sich ein Urteil nicht denken konnte, ehe beide Parteien gehört waren, mußte ihre Anhörung sichergestellt, ihr Sichanhörenlassen erzwungen werden; hätte doch sonst der Schuldner durch Untätigkeit dem Gläubiger das Urteil abschneiden dürfen! Die Unpraktikabilität dieses Weges, welcher eine Exekution dem Urteile voranschickte, um zum Urteile zu gelangen, ist uns jetzt einleuchtend, aber erst nach einer langen Rechtsentwicklung erkannt worden; siehe darüber § 93. Jetzt faßt man den Grundsatz des beiderseitigen rechtlichen Gehörs dahin auf, daß jedem Berechtigten die Möglichkeit gegeben sein müsse, seinen Standpunkt vor Gericht zu vertreten; macht er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, so ist ihm das Gehör doch gewährt worden; er vermag darum Verfahren und Entscheidung nicht mehr zu hindern. Das ist zwar noch nicht völlig die Auffassung des Entwurfes der Zivilprozeßordnung gewesen (siehe dessen § 412), ist aber völlig jene der Zivilprozeßordnung.

Wäre lediglich jener Gedanke für den Zivilprozeß maßgebend, daß die Entscheidung und das Verfahren der außerprozessualen Rechtslage möglichst entsprechen sollen, so müßte nicht nur jede Partei wirklich vom Gerichte angehört worden sein, sondern überdies jeder Partei das Gehör jederzeit und für jede Äußerung gewährt werden, in welcher Form immer sie aufträte; jede Erklärung einer Partei, in welcher Form und Zeit sie gemacht sei, müßte entgegengenommen und auf ihre Richtigkeit geprüft werden; denn sie könnte ja richtig sein. Es ist uns klar, daß das ebenso unpraktikabel ist, als der Begriff des rechtlichen Gehörs der früheren Zeiten, ja daß es mehr noch als dieser zur Umstoßung jeder Prozeßordnung, zu einem völlig tumultuarischen Verfahren und in weiterer Konsequenz zur größten Rechtsunsicherheit führen müßte, da kein Sieger vor form- und fristenlosen Beschwerden des Gegners sicher wäre. Die Rechtssicherheit fordert darum unerläßlich eine Beschränkung des rechtlichen Gehörs nach Ort (§ 91), Form (§ 85) und Zeit (§§ 88, 90, 92) (auch) für jene, denen es zusteht. Nur das Maß dieser Beschränkungen kann strittig sein; denn man darf sich nicht verhehlen, daß jede solche

[3]) Pfaff-Schey Nr. 1105, 1244.

Beschränkung möglicherweise ein Opfer an Gerechtigkeit bedeutet, weil als ihre Folge die Zurückweisung relevanter Äußerungen und die Aufrechterhaltung unrichtiger Entscheidungen auftreten kann. Allein dieses Opfer wiegt gegenüber den Vorteilen der Rechtssicherheit, welche die Folge dieser Beschränkungen ist, dann federleicht, wenn diese Schranken derart gezogen sind, daß die Rechtsuchenden bei zureichender Sorgfalt durch sie in der großen Mehrheit der Fälle nur hingewiesen werden, wie und wann, nicht verhindert werden, daß sie das rechtliche Gehör suchen sollen. In der richtigen Ziehung dieser Schranken liegt freilich eine der schwierigsten Aufgaben der Gesetzgebung; jenes Maß von Prozeßformalismus zu treffen, welches der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit auch dort möglichst Genüge tut, wo ihre Wege auseinandergehen, ist sehr schwer und vielleicht nur selbständig für jedes einzelne Rechtsgebiet zu ermitteln.

II. Das Gehör kann ein antizipatives oder ein nachträgliches, oder ein antizipatives und nachträgliches sein; das nachträgliche kann von dem entscheidenden oder einem höheren Richter (Rechtsmittel) gewährt sein. Für alle diese Formen bestehen überdies zeitliche Schranken in der Form von Fristen und Tagsatzungen (§ 89) und innerhalb derselben (§ 92).

Die Form der Äußerung kann die mündliche oder die schriftliche, oder die mündliche und schriftliche sein. Die hiefür vorhandenen Mittel sind die Schriftsätze[4]) und die Verhandlungen (§ 85).

Über die inhaltlichen Grenzen des rechtlichen Gehörs siehe §§ 83, 84.

III. Steht das rechtliche Gehör als antizipatives zur Verfügung, so haben beide Parteien das Recht, vor der gerichtlichen Entscheidung zu Worte zu kommen; steht nur das nachträgliche Gehör einer oder beiden zu, so kommt wenigstens eine von ihnen oder beide erst nach derselben, jedoch bevor sie noch endgültig ist, zur Äußerung. Das antizipative Gehör ist die Regel[5]) des Erkenntnis- und des Verfahrens behufs Verteilung des Versteigerungserlöses; im Sicherungs- und im sonstigen Exekutionsverfahren[6]) ist das nachträgliche Gehör die freilich durch Ausnahmen[7]) durchbrochene Regel (§ 3 E. O.). In allen Fällen ist das rechtliche Gehör nur dann gewährt, wenn der betreffenden Partei nicht nur tatsächlich die Möglichkeit offen stand, sich vor Gericht zu äußern, sondern wenn sie sich entweder geäußert hat oder doch hiezu ordnungsgemäß aufgefordert war, wenn z. B. ihr auch die Ladung zur Äußerung oder die Entscheidung, welche die Äußerung provoziert, ordnungsgemäß zugestellt (§§ 102 ff. Z. P. O.) oder diese Aufforderung gehörig verkündet ist. Zur ordnungsgemäßen Zustellung gehört auch in den im Gesetze ausdrücklich genannten Fällen (§§ 60, 131, 165, 185, 254, 437, 550, 557,

[4]) Und die ihnen parallelen Schriftformen; siehe § 85 IV.

[5]) Ausnahme: der Urkundenprozeß; das Bestandverfahren.

[6]) Menestrina, l'accessione S. 208 bestreitet, daß der Grundsatz im Exekutionsverfahren gelte.

[7]) Beispiele von Ausnahmen: §§ 10, 11, 15, 152, 309, 358 E. O.; siehe auch Neumann, E. O. S. 8, der die mündlichen Verhandlungen des Exekutionsverfahrens aufzählt.

558, 562, 567 Z. P. O.; § 56 E. O.; § 6 Ratengef.; § 6 Mahnverf.) die Androhung der Säumnis- (Präklusions-) Folgen[8]) (§ 145 Z. P. O.), dagegen nicht die nur instruktionell vorgeschriebene Rechtsbelehrung der Parteien durch das Gericht[9]) (§§ 432, 435, 452 Z. P. O.). Fehlt die ordnungsgemäße Zustellung, so treten keine Versäumnisfolgen ein (§ 402 Z. 1 Z. P. O.; § 78 E. O.); die Verletzung dieses Grundsatzes bildet jedenfalls einen Formfehler (§§ 196, 496 Z. P. O.), der zwar nie einen Wiedereinsetzungsgrund abgibt[10]) (§ 146 Z. P. O.), auch saniert ist, wenn die Partei verhandelt, sich äußert oder auch nur zur Verhandlung erscheint (denn dann ist der Zustellungszweck erreicht), aber dann zum Nichtigkeitsgrunde wird, wenn durch die Verletzung der ordnungsgemäßen Zustellung der Partei „die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln", entzogen wurde (§ 477 Z. 4 Z. P. O.).

Das antizipative und das nachträgliche rechtliche Gehör können auch kumulativ gewährt sein; ja, das ist — abweichend von der deutschen Z. P. O. § 567 — in Österreich in dem Sinne die Regel, daß dort, wo das antizipative Gehör gewährt ist, auch das nachträgliche in Form der Rechtsmittel (S. 363) offen steht (§§ 461, 514 Z. P. O.; § 65 E. O.). Denn grundsätzlich sind alle gerichtlichen Entscheidungen anfechtbar, wenn auch manche, die das Gesetz ausdrücklich nennt,[11]) nicht für sich, sondern nur mit der Anfechtung der nächstfolgenden abgesondert anfechtbaren Entscheidung[12]) verbunden (§§ 515, 261 Z. P. O.; vorbehaltenes Rechtsmittel); die Ausnahmen von diesem Grundsatze, also die unanfechtbaren Entscheidungen, sind im Gesetze ausdrücklich genannt[13]) (§ 515 Z. P. O.; § 65 E. O.).

Aus dieser zweifachen Form des rechtlichen Gehörs entsteht für die Gesetzgebung das schwierige Problem, in welcher Beziehung das antizipative und das nachträgliche Gehör zueinander stehen sollen, ob beide den gleichen oder ob sie verschiedenen Inhalt haben dürfen; die Frage wird üblicherweise als jene nach dem ius novorum im Rechtsmittelverfahren, in engerer Fassung als jene nach der Zulässigkeit neuen tatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen formuliert. Insoweit die Stoffsammlung in Frage kommt, wird sie im § 92 besprochen. Für die Rechtsschutzansprüche und rechtshemmenden Einreden aber gilt der Grundsatz, daß sie in erster Instanz bei sonstiger Präklusion für das ganze (Erkenntnis- oder Exekutions-) Verfahren vorgebracht sein müssen (§ 482 Z. P. O.); Ausnahme: der Entschädigungsanspruch nach § 408 Z. P. O.[14]) (S. 95 f.).

[8]) Sie ist für die Rechtsmitteleinlegung nie vorgeschrieben.

[9]) A. M. Schauer, Z. P. O. S. 437 Anm. 1.

[10]) R. Pollak, Wiedereinsetzung S. 16.

[11]) Siehe ihre Aufzählung bei Schauer, Z. P. O. S. 855 ff. Für Gewerbegerichte siehe Gew. Entsch. Nr. 445.

[12]) Kornfeld in Jur. Bl. 1897 Nr. 21 ff.; a. M. Neumann, Komm. I. S. 966 f.; Fragenbeantwortung S. 90 f.

[13]) Siehe ihre Aufzählung bei Schauer, Z. P. O. S. 858 ff.

[14]) Der Kostenersatzanspruch ist kein Rechtsschutzanspruch; siehe S. 80.

IV. Das rechtliche Gehör kann in mündlicher oder schriftlicher Form zugelassen sein. Beide Formen stehen bisweilen einander ausschließend, bisweilen kumulativ offen; nur im ersten Falle ist die formwidrig (z. B. schriftlich statt in der mündlichen Verhandlung [§ 397 Z. P. O.], mündlich statt mittels Schriftsatzes [§ 505 Z. P. O.]) abgegebene Parteieräußerung rechtlich bedeutungslos, unbeachtlich. Wo das Gesetz die mündliche Verhandlung anordnet, ist grundsätzlich (Ausnahme: § 399 Z. P. O.) die Schriftform für den Inhalt der mündlichen Verhandlung unzulässig; für Rechtsmittel ist die Schriftform wieder ein Essentiale, während bei den Einvernehmungen die mündliche und die schriftliche Form kumulativ offen stehen (§ 55 E. O.).

§ 83. Die Stoffsammlung im Erkenntnisverfahren.[1])

I. Durch ihre Sachanträge verlangen die Parteien eine Entscheidung bestimmten Inhaltes; der Regel nach denkt ihn sich jede Partei der anderen entgegengesetzt. Für das Gericht muß nun eine Basis geschaffen werden, auf welche es seine Entscheidung aufbauen kann. Diese Basis bildete das altdeutsche und das römische Recht in einander entgegengesetzter Weise; jenes verlangt nur eine Rechts(-Anspruchs)behauptung, dieses neben ihr auch eine Tatsachenbehauptung. Jenes begnügte sich also mit der Individualisierung der Ansprüche, kannte nicht und ließ daher nicht zu deren Spezialisierung, kannte infolgedessen nur einen formalen, auf den Anspruch abgestellten, nicht auf die Herbeiführung der richterlichen Überzeugung berechneten Beweis:[2]) nicht die Tatsachen, sondern der Anspruch wurden wie behauptet, so bewiesen (Parteien-Rechtseid, Eideshelfer). Das römische Recht dagegen begnügt sich nur in iure mit der Individualisierung der Ansprüche; in iudicio verlangt es ihre Spezialisierung, das ist ihre Auflösung in die Tatsachen, aus denen sie entspringen, also an Stelle der Anspruchsdarstellung eine Geschichts- (Tatbestands-) Darstellung und einen Beweis der Tatsachen, für welchen wieder das Ziel die Hervorrufung der richterlichen Überzeugung von der Richtigkeit des Parteivorbringens dieser Tatsachen war (Parteien-Tatsacheneid, Zeugen). Diese römische Auffassung ist auch jene des modernen Rechtes; jene des deutschen Rechtes ist zwar nicht völlig im Volksbewußtsein, aber völlig in den Gesetzen überwunden. Auch die Zivilprozeßordnung fordert darum

[1]) Menger, System S. 368 ff.; v. Canstein S. 163 ff.; R. Pollak, Gerichtliches Geständnis S. 22 ff.; Wrany, Die Rechtsfindung nach dem neuen österr. Z. P. (G. Z. 1897 Nr. 17 ff.); Klieneberger, Der Tatbestand des Urteiles (Gellers Ztbl. XVIII.); Ott, Richterliches Fragerecht und eidliche Parteienvernehmung (1894); R. Pollak, Zur Lehre von der Stoffsammlung im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses (1901); v. Canstein, Zweck des Zivilprozesses (1902); Materialien I. S. 258 ff.; 740 ff.; Stein, Das private Wissen des Richters; Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte; Bülow, Geständnisrecht.

[2]) V. Zallinger, Wesen und Ursprung des Formalismus im altdeutschen Rechte; Ott a. a. O. S. 35 ff.

eine spezialisierende Stoffsammlung für die Ansprüche und für die Verteidigung gegen dieselben und den Tatsachenbeweis.

Nach dem Wortlaute des Gesetzes besteht dieser zu sammelnde Stoff nur aus den Rechtssätzen und den Tatsachen, nach seinem Sinne aus den Rechtssätzen, den Erfahrungssätzen und den Tatsachen. Die Rechtssätze begreifen die Gesetze, Verordnungen, das Gewohnheitsrecht, die Privilegien und Statuten autonomer Körperschaften,[3]) und zwar sowohl des In- als auch des Auslandes in sich. Die Erfahrungssätze[4]) sind (im Gegensatze zu den Tatsachenbehauptungen) hypothetische Urteile, welche, aus der Erfahrung genommen, die Natur einer Regel für die Zukunft beanspruchen: weil erfahrungsgemäß ein gewisser tatsächlicher Vorgang stets gewisse tatsächliche Wirkungen hat, wird erwartet, daß er sie auch in concreto haben werde. Von den Rechtssätzen unterscheiden sich die Erfahrungssätze dadurch, daß jene Befehle, diese Urteile sind, von den Tatsachen dadurch, daß diese ein konkretes Ereignis des einzelnen Prozesses darstellen, jene nicht; der Unterschied zeigt sich bei folgendem Beispiele: dieser Greis geht langsam (Tatsache); ein Greis geht langsam (Erfahrungssatz).[5]) Die Kategorie und der terminus der Erfahrungssätze kommen im Gesetze nicht vor; dennoch sind sie ebenso wie die Rechtssätze eine Entscheidungsquelle. Das Gesetz spricht diesen Satz zwar nirgends aus, allein er liegt folgenden Normen zugrunde: § 270 Z. P. O. verschiebt die Beweislast zu Ungunsten desjenigen, wider den die „Vermutung", das heißt der Erfahrungssatz spricht; die „Offenkundigkeit bei Gericht"[6]) (§ 269 Z. P. O.) ist im wesentlichen nur eine Bezugnahme auf die Erfahrungssätze;[7]) der Sachverständigenbeweis hat hauptsächlich sie zum Beweisthema; endlich setzen eine ganze Reihe von Rechtssätzen die Anwendbarkeit der Erfahrungssätze dadurch voraus, daß sie Begriffe verwenden, welche ohne Erfahrungssätze unanwendbar blieben, weil sie auch einer gesetzlichen Begriffsbestimmung entbehren. Beispielsweise seien die Verkehrssitte (Art. 347 H. G. B.), der Wert der Sache (§ 60 J. N.), Haus und Landgut (§ 151 E. O.), der Handelsbrauch (Art. 279 H. G. B.), die Sorgfalt des ordentlichen Frachtführers, das Handelsgut mittlerer Art und Güte genannt.

Aus der Gesamtheit der genannten Normen folgt das obgenannte Prinzip, daß die Erfahrungssätze eine Entscheidungsquelle sind; daraus folgt, daß dieses Prinzip auch dort anzuwenden ist, wo es anwendbar, aber unausgesprochen geblieben ist.[8]) Das ist dann auch der, wenn auch nicht immer klar erkannte Standpunkt der Praxis; Beispiele von der Ver-

[3]) Diese Worte fehlen im § 271 Z. P. O., müssen aber sinngemäß hinzugefügt werden.

[4]) Grundlegend Stein a. a. O.; Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte.

[5]) Weitere Beispiele bei Stein S. 121 ff.; R. Pollak, Zur Lehre von der Stoffsammlung S. 5 f.; Pfaff-Schey Nr. 1054.

[6]) Den Nachweis hat Stein S. 151 ff. erbracht.

[7]) Pfaff-Schey Nr. 1, 36, 180, 261, 294, 295, 322, 1054.

[8]) Pfaff-Schey Nr. 332, 334; Kass. Entsch. Nr. 2313, 2330, 2332.

wendung von Erfahrungssätzen in der oberstgerichtlichen Rechtsprechung: das Auslegen von Waren unter Preisangabe ist eine Verkaufsofferte; eingeschriebene Briefe erreichen ihren Bestimmungsort; Artillerieoffiziere vermögen ruhige Pferde zu reiten; in Ehepakten wird zur Ersparung von Übertragungsgebühren der Schätzwert der Vertragsobjekte möglichst herabgesetzt; Gastlokale sind nicht zu regelmäßig wiederkehrenden Tanzunterhaltungen bestimmt; mit anonymen Verdächtigungen wird viel Mißbrauch getrieben; das Tarifwesen der Eisenbahnen ist kompliziert.

Die Tatsachenbehauptungen (kurz Tatsachen genannt) sind wie die Rechts- und die Erfahrungssätze Urteile, aber Wahrnehmungsurteile des einzelnen Falles, des konkreten Tatbestandes, Wissenserklärungen über die dem Einzelfalle angehörenden konkreten Geschehnisse und Zustände sowohl der Außenwelt als auch des Seelenlebens; als solche Wissenserklärungen sind sie unentbehrliche Glieder des einzelnen Falles, aber gerade nur zu seiner Entscheidung, demnach ohne allgemeine Geltung.

Die Rechts- und Erfahrungssätze bilden den Ober-, die Tatsachenbehauptungen den Untersatz der gerichtlichen Schlußfolgerung, welche zur Entscheidung führt.

II. Die Gesetzgebung hat nun die Frage zu beantworten, auf welche Weise diese Stoffsammlung zu besorgen ist. Zur Verfügung stehen hiefür zunächst die Prozeßparteien (mit ihren Nebenintervenienten) und das Gericht. Wie unter diese die Aufgabe der Stoffsammlung zu verteilen sei, ist eines der schwierigsten gesetzgeberischen Probleme, für welches nur der Ausgangspunkt, nicht aber die von demselben ausgehende Linie feststeht.

Der Ausgangspunkt ist das sogenannte Dispositionsprinzip. Dasselbe besagt, daß es jeder Partei freistehe, ob und welche Rechtsschutzansprüche sie geltend mache, und ob und gegen welche sie sich verteidigen wolle (siehe S. 101 ff.). Dieser Satz liegt auch der Zivilprozeßordnung zugrunde (§ 405 Z. P. O.), aber er besagt nichts über die Art der Stoffsammlung. Hier bekämpfen einander seit lange zwei Theorien, denen man seit Gönner die Namen der Verhandlungsmaxime und der Untersuchungsmaxime zu geben pflegt. Gemeinsam ist ihnen die Verhandlungsform, verschieden ihr Wesen. Nach der ersten gilt der Satz: da mihi factum, dabo tibi ius, die Parteien allein stellen die Tatsachenbehauptungen auf; nach der zweiten ermittelt das Gericht die Tatsachen und die Rechtssätze.[9]) Die erste Maxime lag der österreichischen, die zweite der preußischen allgemeinen Gerichtsordnung zugrunde. Gerechtfertigt wurde die erste[10]) etwa mit folgenden Argumenten: die Privatrechtsnatur des Zivilprozeßgegenstandes fordere, daß den Parteien anheimgestellt bleibe, nicht nur ob und für welche Ansprüche sie Prozeß führen, sondern auch auf Grund welchen Materiales sie eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen wollen; es müsse daher den Parteien freigestellt bleiben, dem Gerichte das ihnen

[9]) Von den erst durch Stein klargelegten Erfahrungssätzen ist bei diesem Streite nicht die Rede gewesen.

[10]) Am präzisesten von Wach, Vorträge S. 53 ff.; mit Abschwächungen von Bülow im Arch. f. zivil. Praxis LXIV. S. 13 ff.

genehme, wenn auch unvollständige, falsche Tatsachenmaterial vorzulegen; nur wo sie in der Stoffsammlung uneinig seien, dürfe das Gericht eingreifen, aber auch nicht zur Ergänzung, sondern nur zur Wahrheitsfeststellung des vorgebrachten Materiales. Von ganz entgegengesetzten Gedanken geht die Untersuchungsmaxime aus: von einem Parteienrechte über den Tatbestand will sie nichts wissen, sondern verlangt im Zivilprozesse sowie im Strafprozesse die Ermittlung der Wahrheit des Tatbestandes, darum seine vollständige Erhebung von Amts wegen. Jede der beiden Maximen nahm für sich im Zivilprozesse ihre begriffliche Notwendigkeit in Anspruch; dabei gewann die Verhandlungsmaxime fast unbeschränkt die Herrschaft; die Gesetze wie die Theorie beugten sich ihr fast allgemein, nur wenige Autoren, wie Franz Klein, Anton Menger, Konrad Schneider, Rudolf Pollak,[11]) opponierten schon vor dem Erlasse der Zivilprozeßordnung.

Es steht jetzt fest,[12]) daß keine der beiden Maximen eine begriffliche Notwendigkeit für sich in Anspruch nehmen darf; aus der Natur des Objektes des Zivilprozesses folgt nur die Dispositionsbefugnis der Parteien über die Ansprüche, nicht auch jene über die Form und den Inhalt des Verfahrens, also nicht, daß es jedermann freistehe, sui iuris persecutionem ... deteriorem constituere.[13]) Ob die eine oder die andere Maxime in einem Gesetze befolgt werden solle, oder ob ein Gesetz zwischen ihnen einen Mittelweg zu suchen habe, ist vielmehr lediglich eine Zweckmäßigkeitsfrage, die unter sorgfältiger Beachtung des Kulturstandes eines Landes, seiner Volksgewohnheiten, der Tüchtigkeit seines Richter- und seines Advokatenstandes etwa noch nach folgenden, schon oben S. 101 zu ähnlichen Argumentationen herangezogenen Erwägungen zu beantworten ist: erfahrungsgemäß läßt sich in Zivilsachen die Bevölkerung eine amtliche Untersuchung nicht leicht gefallen; die Untersuchungsmaxime ist auch schwer praktikabel, weil sie für die im Verhältnisse zu den Strafsachen sehr zahlreichen Zivilsachen einen kaum erschwinglichen Aufwand an Gerichtspersonal erfordert; die Parteien im Zivilprozesse unterscheiden sich von jenen im Strafprozesse in der Regel dadurch, daß jene in ihrem eigenen Interesse bereit sind, den Sachverhalt unter gegenseitiger Kontrole zu klären, diese dagegen geneigt, denselben zu verdunkeln; andererseits muß im Zivilprozesse nicht nur mit schikanösen, sondern häufiger mit ungeschickten oder fahrlässigen Parteien gerechnet werden. Aus allen diesen Erwägungen hat die Zivilprozeßordnung weder die Verhandlungs- noch die Untersuchungsmaxime befolgt, sondern einen Mittelweg eingeschlagen.

---

[11]) Klein, Pro futuro (1891) S. 10 ff.; Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (1890) S. 19 ff.; Schneider, Über richterliche Ermittlung und Feststellung (1888) S. 23 ff.; R. Pollak, Gerichtliches Geständnis (1893) S. 73 ff.

[12]) Heusler im Arch. f. zivil. Praxis LXII. S. 251; Schneider a. a. O. S. 26 ff.; R. Pollak, Gerichtliches Geständnis S. 77 ff.; übereinstimmend Alfred Schultze in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XIX. S. 341 ff.; Ott a. a. O. S. 6 ff.; R. Schmidt S. 266 f.; 339 f.; a. M. Klieneberger a. a. O. S. 202.

[13]) L. 46 D. 2, 14.

Die Rechtssätze sammelt das Gericht. Das war schon im kanonischen Rechte so: iuris probationes apud nos necessariae non existunt.[14]) Aber über den Umfang dieses Satzes, insbesondere über seine Anwendbarkeit auf das ausländische Recht ist im gemeinen Rechte eine Einigung nicht erzielt worden; in der Regel[15]) bezog man ihn nur auf das inländische Gesetzesrecht. Dieser Lehre gegenüber bildet die deutsche Zivilprozeßordnung schon einen wesentlichen Fortschritt, wenn sie die Sammlung des Gewohnheitsrechtes, des ausländischen Rechtes und der Statuten den Parteien überläßt, aber das Gericht doch „befugt", sich an dieser Stoffsammlung zu beteiligen.[16]) Nach § 271 Z. P. O. obliegt diese Stoffsammlung auch den Parteien; aber das Gericht „kann" „alle ihm nötig erscheinenden Erhebungen von Amts wegen einleiten und insbesondere, soweit erforderlich, das Einschreiten des Justizministers in Anspruch nehmen". Der Sinn dieser Norm ist trotz des Wortes „kann", daß das Gericht konkurrierend mit den Parteien das ausländische, das Gewohnheitsrecht, die Privilegien und Statuten autonomer Körperschaften zu erforschen hat.[17]) Hiefür sprechen folgende Gründe: die ausländischen und die inländischen Rechtsquellen sind einander qualitativ gleich; muß auf ein Rechtsverhältnis ausländisches Recht angewendet werden (siehe z. B. §§ 34 ff. a. b. G. B.), so kann es nicht durch das inländische ersetzt werden, wenn es unbekannt ist: es darf darum nicht unbekannt bleiben.[18]) Das Wörtchen „kann" steht demnach den Ausführungen S. 115 nicht entgegen, denn es bezeichnet in der Zivilprozeßordnung auch sonst häufig[19]) das Dürfen des Gerichtes nur im Verhältnisse zu den Parteien: das Gericht darf etwas, in der Regel etwas, was es früher nicht durfte; aber was das Gericht darf, muß es auch, wenn die Situation den Tatbestand für das „Dürfen" ergibt. Die Konsequenz dieses Ergebnisses ist, daß Rechtssätze, mögen sie dem inländischen oder dem ausländischen, dem Gesetzes- oder Gewohnheitsrechte angehören, kein Thema für ein die richterliche Überzeugung notwendigerweise bestimmendes „gerichtliches Geständnis" abgeben,[20]) daß aber andererseits keine Partei an eine bestimmte, von ihr vorgetragene Auslegung eines Rechtssatzes gebunden ist.

Für die Sammlung der Erfahrungssätze enthält die Zivilprozeßordnung ebensowenig als irgend eine der früheren Prozeßordnungen eine ausdrückliche Norm. Für die notorischen Tatsachen, unter denen früher stillschweigend viele Erfahrungssätze mitverstanden waren, galt schon im kanonischen Rechte der Satz: notorium non eget probatione, und durch

[14]) C. 44 X. de apell. 2, 28.

[15]) Z. B. Weber, Beweislast S. 13 ff.; Linde, Lehrbuch S. 200 Anm. 7; a. M. Renaud S. 254 ff.

[16]) Vergl. hiezu Stein S. 179 einerseits und R. Pollak, Gerichtliches Geständnis S. 53, 86 Anm. 234 andererseits.

[17]) Die herrschende österreichische Lehre dürfte entgegengesetzter Meinung sein; doch steht Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I. S. 466 Anm. 5 dem Text nahe.

[18]) A. M. Neumann, Komm. I. S. 620.

[19]) R. Pollak, Konzentration (G. Z. 1900 S. 266).

[20]) Mit der Frage, ob „Rechtsbegriffe" (Kauf, Tausch) das Thema eines gerichtlichen Geständnisses bilden können, hat das nichts zu tun.

die Lehre des gemeinen[21]) und des reichsdeutschen[22]) Rechtes zieht sich der Streit, ob sie wenigstens von den Parteien behauptet, oder ob sie vom Gerichte auch ohne eine Parteibehauptung bei der Entscheidung zu verwerten seien. Nach der Zivilprozeßordnung obliegt ihre Sammlung konkurrierend mit den Parteien dem Gerichte; sie sind also wie die Rechtssätze auch ohne eine Parteibehauptung eine Entscheidungsquelle, folglich auch als eine solche von dem Gerichte zu sammeln, ein Satz, dessen Bedeutung für die Praxis auf dem Gebiete der Handelsgebräuche liegt: diese sind von Amts wegen heranzuziehen. Der entwickelte Satz ergibt sich aus dem Prinzipe, welches folgenden Normen zugrunde liegt: den Parteien obliegt grundsätzlich nur die Sammlung des Tatsachenmateriales (§ 182 Z. P. O.); der Sachverständigenbeweis, der im wesentlichen der Feststellung der Erfahrungssätze dient, ist von Amts wegen aufzunehmen (§ 183 Z. P. O.) und unterliegt arg. § 183 Z. P. O. dem Parteiverzichte nicht; bei den Handels- und Bergsenaten, den Gewerbe- und Börsenschiedsgerichten sind sachkundige Laien geradewegs deshalb zur Teilnahme an der Rechtsprechung herangezogen, damit das Gericht ihre Sachkunde, das ist die Kenntnis ihrer Erfahrungssätze benutze. Endlich ist daran zu erinnern, daß die Erfahrungssätze den Rechtssätzen näher verwandt sind, als den Tatsachenbehauptungen.[23])

Die Tatsachenbehauptungen haben von den Parteien auszugehen. Zu behaupten, das heißt vorzubringen sind nicht alle Tatsachen, sondern alle relevanten Tatsachen, das sind jene, denen eine rechtliche, wenn auch nicht beträchtliche Bedeutung bei der Beurteilung der Existenz des geltend gemachten Rechtsschutzanspruches zukommt (§ 182 Z. P. O.). Das Vorbringen von irrelevanten Tatsachen ist eine überflüssige Weitläufigkeit, daher vom Gerichte (dem Vorsitzenden) abzulehnen (§ 180 Z. P. O.), allenfalls durch Kostenfolgen (auch) an den Parteivertretern zu ahnden (§ 49 Abs. 2 Z. P. O.); zu den irrelevanten sind aber nicht zu rechnen die indizierenden Tatsachen[24]) (indicia), das sind solche, deren Existenz einen Schluß auf jene einer relevanten Tatsache ermöglicht, gebietet oder verhindert. Diese gesetzliche Anforderung rücksichtlich der Tatsachenbehauptungen nennt man das Erfordernis der Spezialisierung der Ansprüche (§ 226 Z. P. O.). Wird ihm nicht entsprochen, so muß mangels Spezialisierung ein den Rechtsschutzanspruch abweisendes Urteil ergehen; denn die Geltendmachung eines individualisierten Rechtsanspruches reicht wohl zur Erlangung von Verfahren und Urteil, nicht aber zu jener

---

[21]) Bejahend Osterloh § 132; verneinend Wetzell S. 186 f.; Renaud S. 269.

[22]) Vergl. Stein S. 95 ff.; Schneider S. 111 ff.; Wach, Vorträge S. 156; Trutter, bona fides S. 132 ff.; Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis S. 28 ff.

[23]) Soweit dies ermittelt werden kann, steht die Praxis — mit Ausnahme der Handelsgebräuche — auf dem Standpunkte des Textes.

[24]) Unger, System II. S. 579 ff.; Groß, Beweistheorie im kanonischen Prozeß I. S. 106 ff.; Krainz-Pfaff-Ehrenzweig I. S. 467 ff. Ob das frühere österreichische Prozeßrecht die Indizien zu den relevanten Tatsachen rechnete, war streitig gewesen.

eines günstigen Urteiles hin,[25]) ein Gedankengang des Gesetzes, welcher der Praxis namentlich in Versäumnisfällen noch nicht völlig klar ist. Wie weit die Spezialisierung in concreto zu gehen habe, ob sie zur Auflösung eines jeden Rechtsbegriffes in seine tatsächlichen Bestandteile zwinge, oder ob sie gestatte, solche Rechtsbegriffe ohne Auflösung zu verwenden, die, wie Kauf, Miete, Anerkenntnis, auch Begriffe des außerrechtlichen Verkehres sind,[26]) das ist eine quaestio facti.

Die relevanten Tatsachen zerfallen nach der üblichen Einteilung[27]) in (den erhobenen Anspruch) rechtsbegründende, rechtshindernde, rechtszerstörende, von denen nach der herrschenden Lehre der Anspruchswerber nur die ersten, der Gegner nur die beiden letzten vorzubringen hat, vorbringen soll, vorbringen darf.[28]) Die Zivilprozeßordnung scheidet nicht so: sie legt jeder der beiden Parteien den Vortrag des gesamten relevanten Tatsachenstoffes auf, mögen die einzelnen Tatsachen rechtsbegründend, rechtshindernd, rechtszerstörend, der einen nun vorteilhaft oder nachteilig sein (§ 178 Z. P. O.). Aus diesen Parteivorträgen ergeben sich dann übereinstimmende und nicht übereinstimmende Behauptungen. Jene von ihnen, welche eine Partei als zweite, also nach vorhergegangener Behauptung derselben durch den Gegner so vorbringt, wie dieser es getan, heißen gerichtliche Geständnisse,[29]) und zwar nach der klaren Fassung des § 266 Z. P. O. ohne Rücksicht darauf, ob dieses Geständnis cum animo confitendi abgegeben[30]) und ob es subjektiv oder objektiv dem Gestehenden nachteilig ist;[31]) die Bedeutung dieser gerichtlichen Geständnisse liegt auf dem Gebiete der Beweiserhebungen (siehe III).

Die Einteilung der Tatsachen in rechtsbegründende, rechtshindernde und rechtszerstörende sollte bei diesem Standpunkte des Gesetzes ohne Bedeutung sein; sie spielt aber dennoch im österreichischen Zivilprozeßrechte noch eine Rolle, dann, wenn die Spezialisierung mangelhaft, der Tatbestand lückenhaft ist: mangelt die Behauptung rechtsbegründender Tatsachen (z. B. bei einer Darlehensrückzahlungsklage jene der Zuzählung des Darlehens), so entgilt das der Anspruchswerber mit der Abweisung seines Rechtsschutz-

---

[25]) Skedl I. S. 81 ff.

[26]) Früher wegen der Sentenzionierung der Parteieide wichtig; siehe Betzinger, Beweislast Nr. 12—14; 16—18; Messina, Contributo alla dottrina della confessione S. 54 ff.

[27]) Sie führt auf Reinhold, Beiträge zur Lehre von den Einreden, Unger II. S. 449 ff. zurück und dient hauptsächlich der Verteilung der Beweislast.

[28]) „Hat", „soll", „darf", je nachdem man eine Behauptungspflicht, Behauptungslast oder ein Behauptungsrecht der Parteien annimmt; der Streit hierüber ist nicht nur in Österreich ohne praktische Bedeutung.

[29]) Wach, Das gerichtliche Geständnis (im Arch. f. zivil. Praxis LXIV.); G. Demelius, Confessio; R. Pollak, Gerichtliches Geständnis (daselbst die frühere Literatur); Wittmaack im Arch. f. zivil. Praxis LXXXVIII.; Messina, Contributo alla dottrina della confessione (1902).

[30]) Über diese Streitfrage siehe Wach a. a. O. S. 247; R. Pollak S. 110 ff.

[31]) Das war namentlich im kanonischen Rechte streitig, ist aber noch heute eine Streitfrage; siehe Kisch in den Göttingischen Gelehrten Anzeigen 1901 S. 232 ff.

anspruches; mangelt die Behauptung anderer, so gereicht es seinem Gegner zum Nachteile. In diesem Sinne besteht neben der Pflicht zur Vorbringung des ganzen Tatbestandes noch beim Rechtsschutzwerber ein Interesse an der Vorbringung der rechtsbegründenden, bei seinem Gegner ein solches jener der rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen. Aus diesem Interessenwiderstreite allein erwartete das frühere österreichische Prozeßrecht die Vorbringung des ganzen Tatbestandes durch die einander ergänzende Tätigkeit beider Parteien. Die Erfahrung bewies die Unrichtigkeit dieser Erwartung. Darum eben normiert die Zivilprozeßordnung die Pflicht jeder Partei zur Vorbringung des ganzen Tatbestandes und sichert ihre Erfüllung außer durch die Parteienkontrolle noch durch die Pflicht des Gerichtes zur Fragestellung und durch dessen Pflicht, „in anderer Weise" für die Vollständigkeit der Parteivorträge zu sorgen (§§ 182, 277 Z. P. O.), endlich durch Kostenfolgen (§§ 41, 44, 48, 408 Z. P. O.). Weiter ist das Gesetz jedoch nicht gegangen. Insbesondere darf das Gericht von Amts wegen nur solche Tatsachen in den Prozeß einführen, welche die von Amts wegen zu ermittelnden Punkte, z. B. die Prozeßvoraussetzungen betreffen; hinsichtlich aller anderen Punkte darf es anders als bei den Rechts- und Erfahrungssätzen sein privates Wissen nicht verwerten,[32]) Tatsachen nicht vorbringen, welche es nur auf diesem Wege kennt, überhaupt Tatsachen nicht verwerten, welche nicht im Prozesse von Anderen[33]) vorgebracht wurden. Will es sie verwerten, so muß es darum darauf hinwirken (§ 182 Z. P. O.), daß sie von anderer Seite vorgebracht werden.

Darnach hat das Gesetz die Untersuchungsmaxime nicht akzeptiert, sondern abgelehnt:[34]) den Tatsachenstoff beschaffen die Parteien, nicht das Gericht. Nur haben diese nicht bloß ein Recht, sondern eine Pflicht, ihn zu beschaffen, und zwar jede vollständig und, wie nun noch hinzuzufügen ist, wahrheitsgemäß (§ 178 Z. P. O.). Diese dem österreichischen Zivilprozesse eigentümliche Wahrheitspflicht stellt einen erfreulichen Fortschritt gegenüber der früher herrschenden Theorie[35]) dar, welche aus der Privatrechtsnatur der Streitsache im Zivilprozesse ein Parteienrecht über den Tatbestand behauptete und konsequenterweise keine Wahrheitspflicht der Parteien kannte. Die Wahrheitspflicht der Zivilprozeßordnung ist eine volle Pflicht; ihre Verletzung wird nicht bloß durch direkte Lüge, sondern auch dadurch begangen, daß die Partei angibt, nicht zu wissen oder sich nicht zu erinnern, wie es mit einer Tatsache stehe (§ 267 Z. P. O.), obwohl sie es weiß oder erfahren kann. Diese Pflichtverletzung hat allerdings arg. § 377 Abs. 3 Z. P. O. keine strafrechtlichen Folgen,[36]) stellt

[32]) Über die ratio dieses Verbotes R. Schmidt, Außergerichtliche Wahrnehmungen des Prozeßrichters S. 14 ff.

[33]) In aller Regel von den Prozeßparteien; über eine Ausnahme siehe III.

[34]) R. Pollak, Zur Lehre von der Stoffsammlung; a. M. v. Schrutka, Die Stellung des Richters S. 56, 84 Anm. 4; v. Canstein S. 20 f.; Kornfeld, Zivilprozessuale Grundsätze S. 9 ff.

[35]) Siehe den Bericht bei R. Pollak, Gerichtliches Geständnis S. 68 ff.

[36]) Kass. Entsch. Nr. 2646; a. M. v. Nemethy, Beseitigung von fraudulos erwirkten Kontumazialerkenntnissen (G. Z. 1902 Nr. 44 f.), welcher das Argument

keine „Betrugshandlung" dar (§ 530 Z. 3 Z. P. O.); ihre Vermeidung wird (vielleicht nicht ganz zureichend) durch die Ausübung der richterlichen Fragepflicht und durch Kostenfolgen (§§ 48, 408 Z. P. O.) gesichert.

Werden die dargestellten Normen befolgt, so ergeben sie in der Regel übereinstimmende Sachverhaltsdarstellungen beider Parteien. Doch können auch in diesem Falle Differenzen dadurch entstehen, daß die subjektive und die objektive Wahrheit einander nicht immer decken; häufig entstehen freilich Differenzen auch durch Pflichtverletzungen der einen oder anderen Prozeßpartei. Für deren Auflösung muß behufs Erzielung einer gerechten Entscheidung Sorge getragen werden. Das geschieht durch Beweiserhebung, ausnahmsweise durch Bescheinigung (§ 274 Z. P. O.).

III. Die Stoffsammlung kennt darnach noch ein zweites Stadium: die Wahrheitsermittlung durch *Beweisführung*, das heißt ganz allgemein und unbestimmt gesprochen, durch das Aufsuchen von Gründen für die Überzeugung des Gerichtes von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Angabe.

Bei den Rechts- und Erfahrungssätzen bedarf es einer Wahrheitsfeststellung durch Beweismittel und Beweisaufnahmen stets dann, wenn das Gericht von ihrem Bestand oder Inhalt nicht schon eine volle Überzeugung hat. Die Beweislast trägt hier das Gericht, nur zum Teile mit der Partei konkurrierend (§§ 183, 271 Z. P. O.); die nötigen Beweise müssen auch ohne den Beweisantrag einer Partei und ohne *Beweisthema*, das heißt Erzählung dessen, was die Beweisaufnahme ergeben soll, aufgenommen werden. Hier sammelt demnach das Gericht den Stoff nicht nur, sondern es ermittelt auch selbst seine Richtigkeit, allenfalls ohne alle Hilfe der Parteien. Grundsätzlich gleich behandelt das Gesetz jene Tatsachenbehauptungen, welche sich auf die von Amts wegen zu erhebenden Punkte beziehen.

Grundsätzlich anders steht es dagegen bei den anderen Tatsachenbehauptungen. Insoweit da beide Parteien die gleichen aufstellen und deren Unwahrheit, Unrichtigkeit nicht schon aus den bisherigen Verhandlungsergebnissen oder gerichtskundigerweise[37]) feststeht, entfällt jede Prüfung ihrer Wahrheit (§ 266 Z. P. O.), und zwar auch dann, wenn eine oder beide Prozeßparteien diese Prüfung verlangten;[38]) den Erfahrungssatz, daß solche Tatsachenbehauptungen wahr sind, weil sie sonst nicht von den von entgegengesetzten Interessen getriebenen Parteien übereinstimmend vorgebracht würden, hat das Gesetz aus Prozeßökonomie zum Rechtssatze erhoben und hier beim gerichtlichen Geständnisse die Wahrheitsprüfung abgeschnitten. Damit ist freilich das gerichtliche Geständnis nicht zu einer

---

des § 377 Z. P. O. nicht beachtet; Kass. Entsch. Nr. 314.

[37]) Über den Vorrang der Gerichtskundigkeit vor dem gerichtlichen Geständnisse, und umgekehrt, besteht Streit, über den R. *Pollak* a. a. O. S. 87 ff. berichtet.

[38]) *Kisch* a. a. O. S. 237 f.

Dispositiverklärung erhoben,[39]) sondern bleibt eine Wissenserklärung, deren Wahrheitsprüfung nur beschränkt zulässig ist (arg. §§ 178, 266 Z. P. O.).

Von streitig gebliebenen Tatsachenbehauptungen muß die Wahrheit ermittelt werden. Zu diesem Zwecke ist nicht immer eine Beweisführung nötig, weil das Gericht auch ohne solche aus dem Gesamtergebnisse der Verhandlung die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung gewinnen darf (§ 272 Z. P. O.). Aber der Regel nach bedarf es der Beweisführung. Diese zerfällt in zwei Stadien, in die Beweisanbietung und in die Beweisaufnahme. Die erste ist Sache der Parteien, die zweite jene des Gerichtes. Die Beweisanbietung geschieht durch die Angabe des Beweisthemas und der individuell bezeichneten Beweismittel, mit dem Antrage auf ihre Benutzung verbunden; ohne einen solchen Beweisantrag und ohne ein bestimmtes Beweisthema darf eine Beweisführung nur durch den Augenschein und Sachverständige (die hier wenig in Frage kommen), nicht auch durch Zeugen und Urkunden und, wenn auch ohne Antrag, so doch nicht ohne Beweisthema durch Parteivernehmung stattfinden.[40]) Unzulässig ist demnach (für die nicht von Amts wegen festzustellenden Punkte) die Vernehmung von Zeugen, um den Sachverhalt zu ermitteln, zulässig nur deren Vernehmung, um die Richtigkeit des bereits vorgetragenen Sachverhaltes zu ermitteln. Der durchgeführte Beweis ergibt nun entweder die Richtigkeit oder die Unrichtigkeit des Beweisthemas oder er fällt indifferent aus oder er ergibt einen bisher nicht vorgebrachten Tatsachenstoff. Im ersten Falle ist der Beweis gelungen, die bestrittene Tatsache erwiesen und bildet die Entscheidungsgrundlage; im zweiten und dritten Falle ist der Beweis mißlungen; im vierten ist ein neuer Tatsachenstoff in den Prozeß eingeführt, der als solcher dann allerdings auch ohne vorangegangene oder nachfolgende Parteibehauptung bei der Entscheidung zu beachten ist[41]) (§ 272 Z. P. O.), wenn er die erhobenen Ansprüche oder rechtsvernichtenden Einreden oder eine Klageleugnung betrifft (S. 372).

Den Parteien steht keine Auswahl unter den Beweismitteln frei; sie haben vielmehr (im Gegensatze zur deutschen Zivilprozeßordnung und trotz § 183 Z. P. O.) alle ihnen bekannten Beweismittel zur Ermittlung des streitigen Tatsachenstoffes anzubieten (§ 187 Z. P. O.); die Auswahl unter denselben bleibt dem Gerichte überlassen, welches zuvor auf die Vollständigkeit der Beweisanträge durch Fragestellung oder in anderer Weise hinzuwirken hat (§ 182 Z. P. O.). Auf einen direkten Zwang zur Erfüllung dieser Pflicht hat das Gesetz

---

[39]) A. M. die herrschende deutsche Lehre (siehe besonders Wach im Arch. f. zivil. Praxis LXIV.; Kisch in den Göttingischen Gelehrten Anzeigen 1901 S. 206 ff.), der lediglich R. Pollak, Wittmaack, Bülow widersprochen haben. Über das Buch von Bülow siehe die eben genannte Rezension von Kisch.

[40]) Findet sie dennoch statt, so ist sie freilich wegen des § 272 Z. P. O. nicht wirkungslos.

[41]) Siehe den Nachweis bei R. Pollak, Zur Lehre von der Stoffsammlung S. 18 ff.

hier wie bei der Sammlung der Tatsachenbehauptungen verzichtet und sich mit den Geldfolgen der §§ 48, 408 Z. P. O. und der Möglichkeit begnügt, daß nach § 272 Z. P. O. das Gericht den etwa angebotenen schlechteren Beweis wegen schon ohne Beweisführung gewonnener Überzeugung ablehnt.

IV. Die Rücknahme von Rechtssatz- oder Erfahrungssatzbehauptungen durch eine Partei ist rechtlich bedeutungslos, da die Stoffsammlung hier dem Gerichte obliegt. Die Rücknahme von Tatsachenbehauptungen, welche die von Amts wegen zu erhebenden Punkte betreffen, richtet sich nach denselben Grundsätzen. Die Rücknahme anderer Tatsachenbehauptungen ist auch nur zulässig, wenn die Behauptung wenigstens subjektiv unrichtig ist[42]) (arg. §§ 178, 266 Z. P. O.: Widerruf von gerichtlichen Geständnissen) und objektiv noch nicht als richtig feststeht, sonst bedeutungslos; denn die Parteien haben die Pflicht zur Vorbringung des ganzen und wahren Tatsachenstoffes (§ 178 Z. P. O.), und daraus folgt, daß sie wahre Teile desselben nicht aus den Grundlagen der Entscheidung beliebig wegnehmen dürfen. Im Gesetze ist dieser Grundsatz nur beim gerichtlichen Geständnisse und hier in der Form ausgesprochen, daß das Gericht „nach seinem durch sorgfältige Erwägung aller Umstände geleiteten Ermessen zu beurteilen" habe, „welchen Einfluß ein Widerruf auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses hat" (§ 266 Z. P. O.).[43])

Dagegen steht inkonsequenterweise die Rücknahme von Beweisanträgen arg. §§ 302, 345, 363 Z. P. O. bis zur Vorführung des betreffenden Beweismittels vor Gericht der antragstellenden Partei, bis zur Beweisdurchführung beiden Parteien zusammen frei. Nur die bereits gewonnenen Beweisergebnisse bleiben von dieser Rücknahme unberührt.

V. Das Ergebnis dieser Auseinandersetzungen ist: die Stoffsammlung hinsichtlich der Rechts- und der Erfahrungssätze sowie jener Tatsachenbehauptungen, welche von Amts wegen zu erörternde Punkte betreffen, obliegt dem Gerichte unter Unterstützung der Parteien, jene der übrigen Tatsachenbehauptungen und der hiezu gehörenden Beweisanträge den Parteien unter Unterstützung des Gerichtes.

§ 84. Die Stoffsammlung im Exekutions- und Sicherungsverfahren.[1])

I. Das Exekutionsverfahren, großenteils in Rechtsgestaltungsakten, wie der Pfandrechtsbegründung, dem Zuschlag, bestehend, um durch solche die Befriedigung des Gläubigers herbeizuführen (S. 17), zerfällt in die Beschlagnahme, die Verwertung der Exekutionsobjekte und die Verteilung

[42]) Darum ist jener Widerruf einer Behauptung oder eines gerichtlichen Geständnisses wirkungslos, welcher durch einen Rechtsirrtum bei der Behauptung oder der Abgabe des Geständnisses begründet wird.

[43]) Vergl. über den früheren, nun durch § 266 Z. P. O. abgeschnittenen Streit über den Widerruf Wach a. a. O. S. 248; R. Pollak, Gerichtliches Geständnis S. 116 ff.

[1]) Neumann, E. O. S. 6 ff. Z. E. Nr. 394; Fellner-Ohmeyer Nr. 96—100, 102, 107.

des Erlöses; daß nicht alle diese Teile überhaupt oder getrennt in jedem Exekutionsverfahren vorkommen, ist hier bedeutungslos.

Schon bei dem ersten Stadium spielt die Stoffsammlung eine ungleich geringere Rolle als im Erkenntnisverfahren; die Bewilligungen bauen sich ja der Regel nach aus einem schon durch ein vorhergehendes Verfahren gesichteten und konzentrierten und nur die rechtsgestaltenden Akte der Beschlagnahme auf einen neuen Stoff auf; so muß z. B. der Exekutionstitel schon vorliegen, damit es zu einer Exekutionsbewilligung komme, während allerdings noch zu ermitteln ist, welche der vom betreibenden Gläubiger bezeichneten Objekte sich beim Verpflichteten oder bei einem Dritten finden. Ähnlich, wenn auch nicht gleich, liegen die Dinge in den zwei weiteren Stadien; so muß z. B. der Teilnahmeanspruch beurkundet sein, damit es zu einer Berücksichtigung im Verteilungsverfahren komme. Es gibt denn auch in der Regel im Exekutionsverfahren in tatsächlicher Beziehung nur einfache Sachverhalte zu ermitteln und festzustellen; ergibt sich aber einmal die Notwendigkeit der Prüfung eines umfangreicheren Tatsachenmaterials, so wird sie fast[2]) immer aus dem Exekutionsverfahren heraus in ein besonderes Erkenntnisverfahren verwiesen (siehe §§ 35, 36, 37,[3]) 40, 231 E. O.). Die Stoffsammlung des Exekutionsverfahrens wird überdies noch dadurch sehr vereinfacht, daß im wesentlichen[4]) für die deklarativen Entscheidungen (nicht auch für die Rechtsgestaltungsakte) nur der Urkundenbeweis zur Beschaffung richterlicher Überzeugung über eine Tatsachenbehauptung zugelassen ist (§§ 10, 11, 54, 90, 133, 210 E. O. u. s. f.; siehe aber auch § 165 E. O.).

Bei dieser Situation ist die Frage nach der Stoffsammlung im Exekutionsverfahren von verhältnismäßig geringer Bedeutung. Grundsätzlich sind hiefür bei der befriedigungsweisen Exekution die Normen der Zivilprozeßordnung anzuwenden (§ 78 E. O.). Infolgedessen hat das Gericht immer dann die Stoffsammlung vorzunehmen, wenn es sich um die Rechts- und Erfahrungssätze handelt, ferner dann, wenn die zu ermittelnden Tatsachen sich auf einen von Amts wegen zu beachtenden Punkt beziehen (siehe § 83 III). Diese Punkte sind im Exekutionsverfahren ungleich zahlreicher als im Erkenntnisverfahren, da sie das Verfahren der Beschlagnahme und Verwertung fast völlig ausfüllen; siehe z. B. § 39 Z. 2 (S. 38), 3, 4 (S. 52), 5, 8 E. O.; §§ 140, 275 (Schätzung von Immobilien und körperlichen beweglichen Sachen), 253 (Gewahrsame des Verpflichteten), 262 E. O. (Herausgabebereitschaft eines Dritten). Infolgedessen steigt natürlicherweise das Gewicht der amtlichen Stoff-

[2]) Nie wegen streitigen Rechtsfragen (§§ 40, 128, 231 E. O.), und auch wegen streitigen Tatfragen nur, wo es das Gesetz ausdrücklich sagt (daher nicht im Falle des § 39 E. O.; Z. E. Nr. 394; O. G. H. vom 3. Jänner 1899 Z. 17687/98, Fellner-Ohmeyer Nr. 100), da in der Exekutionsordnung keine dem § 2 Z. 7 des kais. Patentes vom 9. August 1894 Nr. 208 äquiparierende Norm steht.

[3]) Daß hier nicht immer ein besonderes Erkenntnisverfahren vorgeschrieben war, darüber siehe v. Schrutka, Freigebung I. S. 61 ff.; Menestrina, l'accessione S. 5 ff.

[4]) Eine Ausnahme ist z. B. § 165 E. O.

sammlung. Außerhalb dieses Gebietes obliegt die Stoffsammlung und der Wahrheitsbeweis für die gesammelten Tatsachenbehauptungen dem Antragsteller (§ 55 Abs. 2 E. O.); diese Last geht demnach tatsächlich trotz des weit gefaßten § 55 E. O. kaum weiter, als bis der Vollstreckungsanspruch oder Teilnahmeanspruch erwiesen ist. Konkurrierend mit dieser Parteipflicht geht die Pflicht („kann," sagt das Gesetz freilich) des Gerichtes zur amtlichen Stoffsammlung auch in diesen Fällen (§ 55 Abs. 3 E. O.).

II. Im Sicherungsverfahren der Exekutionsordnung finden dieselben Grundsätze mit der Abänderung Anwendung, daß der Antragsteller seine Tatsachenbehauptungen nicht zu beweisen, sondern glaubhaft zu machen hat (§ 389 E. O.). Das gilt nicht nur für das Sicherungsverfahren, sondern zum Teile auch für die Exekution zur Sicherstellung[5]) (§§ 370, 371 E. O.).

Für die Beweissicherung gelten die Regeln des Erkenntnisverfahrens.

§ 85. Die Form der Parteierklärungen.[1])

I. Für die Parteierklärungen (siehe S. 353 ff.) stehen vier in zwei Gruppen zerfallende Formen zu Gebote, die unmittelbare und mittelbare, die mündliche und schriftliche. Unmittelbare Erklärungen sind solche, welche sich direkt an den entscheidenden Richter wenden, mittelbare jene, bei denen ein Richter die Erklärung entgegennimmt, ein anderer entscheidet; der Gegensatz zeigt sich prägnant bei den unmittelbaren Beweisaufnahmen (vor dem erkennenden Gerichte) und den mittelbaren (vor dem beauftragten oder ersuchten Richter). Mündliche Erklärungen sind solche, deren rechtlich relevante Form die mündliche ist, wie z. B. die Sachverhaltsermittlung erster Instanz; schriftlich sind jene, deren rechtlich wirkende Form die Schrift ist, wie z. B. im Gerichtshofverfahren die Klage. Irrelevant ist es für die Frage, ob eine Erklärung eine mündliche oder eine schriftliche sei, daß die mündliche auch niedergeschrieben, beurkundet, die schriftliche auch gesprochen, vorgetragen wird: es kommt lediglich darauf an, welche Form die rechtliche Beachtlichkeit der Erklärung herbeiführt. Die beiden Formengruppen decken einander regelmäßiger-, aber nicht notwendigerweise; es gibt unmittelbare schriftliche Erklärungen[2]) und mündliche mittelbare.

---

[5]) Mück, Die Exekution zur Sicherstellung (1900) S. 6, 21 ff.

[1]) Menger, System S. 387 ff.; Ullmann S. 39 f.; Skedl I. S. 50 ff.; Klein, Mündlichkeitstypen (1894); Vorlesungen S. 31 ff., 128 ff.; Kornfeld, Wort und Schrift (1895); Demelius, Kritische Studien II.; Wach, Die Mündlichkeit im österr. Zivilprozeßentwurfe (1895); Beißer, Das Verhandlungsprotokoll (G. Z. 1897 Nr. 11 ff.); Dresdner, Das Protokoll der neuen Zivilprozeßordnung (Grünhuts Zeitschr. XXIV. S. 375 ff.). — Wach, Vorträge S. 1 ff.

[2]) Die Zusammenwerfung der termini Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, die noch im Staatsgrundgesetze vom 21. Dezember 1867 Nr. 144 Art. X ihren Ausdruck gefunden hat, ist längst als irrig erkannt.

Aller Prozeß ist von der Mündlichkeit ausgegangen, wenn auch mutmaßlich das Urteil seit alters her schriftlich aufgezeichnet wurde. Seit dem 12. Jahrhundert beginnt aus Mißtrauen zuerst gegen die Redlichkeit, dann gegen die Tüchtigkeit des Richterstandes die Schriftlichkeit mehr in den Prozeß einzudringen,[3]) bis sie ihn im späteren gemeinrechtlichen Prozesse vollständig beherrscht: quod non est in actis, non est in mundo. So war denn auch die allgemeine Gerichtsordnung ein vollständig schriftlicher Prozeß, selbst in ihren sogenannten „mündlichen" Formen. Die Erfahrungen, welche mit diesem schriftlichen Prozesse gemacht wurden, müssen klägliche genannt werden: die Prozesse wurden langsam, teuer, schikanös, unwahr; die Justiz wurde dem Volke völlig entfremdet. So begann denn mit dem 19. Jahrhundert unter dem Einflusse des preußischen und des französischen Prozesses eine rückläufige Bewegung zur Mündlichkeit. Seit 1806 galt dieser französische Prozeß in den Rheinlanden und stach so vorteilhaft vom gemeinrechtlichen Verfahren ab, daß die (nicht ins Leben getretenen) deutschen Grundrechte im § 45 bestimmten, das Gerichtsverfahren solle mündlich sein. Die hannover'sche Prozeßordnung vom 8. November 1850 verwirklichte zuerst diesen Satz, während kurz zuvor das österreichische Summarverfahren vom 24. Oktober 1845, J. G. S. Nr. 906, noch am pseudomündlichen, das heißt schriftlichen Verfahren festgehalten hatte (siehe S. 105 ff.). Der hannover'sche Prozeß blieb in den hier wichtigen Punkten das Vorbild für die Vorarbeiten zu den deutschen Zivilprozeßordnungen und für die deutsche Zivilprozeßordnung vom 30. Jänner 1877, während in Österreich noch das Besitzstörungsverfahren vom 27. Oktober 1849 Nr. 12, das Wechselverfahren vom 25. Jänner 1850 Nr. 52, das Bestandverfahren vom 16. November 1858 Nr. 213 an der Schriftlichkeit festhalten. Hier bezeichnet erst das Gesetz vom 27. April 1873 Nr. 66 über das Bagatellverfahren den, dann allerdings für die Prozesse bis einschließlich 50 K sofort gründlich vollzogenen Übergang zum mündlichen (und unmittelbaren) Verfahren, welches im Staatsgrundgesetze vom 21. Dezember 1867 Nr. 144 Art. X verheißen worden war. Die folgenden Zivilprozeßentwürfe von 1876 und 1881 hielten genau nach deutschem Muster an dem Mündlichkeitsprinzipe fest, bis die geltende Zivilprozeßordnung dem Problem eine einigermaßen[4]) neue Wendung gab. Seit der Verheißung der Staatsgrundgesetze war ein Menschenalter vergangen, und man hatte in der Zwischenzeit ruhiger über den Wert der Mündlichkeit denken gelernt und sich die deutschen Erfahrungen zunutze gemacht. Das Ergebnis solcher Erwägungen war etwa folgendes: die Mündlichkeit erleichtert die Unmittelbarkeit des Verfahrens, welche letztere die „papierene Scheidewand" zwischen den Parteien und dem Gerichte niederwirft, das wirkliche Leben in die Gerichtssäle eindringen läßt, der richtigen Sachverhaltsermittlung und

[3]) A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß S. 209 ff.; R. Schmidt, Außergerichtliche Wahrnehmungen des Prozeßrichters S. 28 ff.

[4]) Die Wendung ist im Gesetze nicht ganz so groß, als sie im Entwurfe geplant war.

insbesondere der richtigen Beweisaufnahme ungemein förderlich, der Prozeßschikane einigermaßen gefährlich ist. Andererseits stellt die Mündlichkeit an die Parteien und an das Gericht weit größere Anforderungen als die Schriftlichkeit, verlangt namentlich vom Gerichte einen starken Geistesaufwand, damit es nicht nach Laienart nach dem „Eindrucke", statt nach dem Gesamtergebnisse der Verhandlung entscheide; die Mündlichkeit ruft auch leicht eine Neigung zur Flüchtigkeit wach, die freilich bei verschiedenen Kulturstufen in verschiedener Stärke auftreten wird; sie zwingt endlich zur völligen Neuverhandlung der Sache in höherer Instanz, was unter Umständen sogar territorialen Schwierigkeiten begegnet, in Oesterreich mit seinen wenigen und kleineren Städten mehr als in Deutschland. So drängt das Für und Wider zu einem Kompromiß zwischen der Mündlichkeit und der Schriftlichkeit, dessen Ergebnisse in der österreichischen Praxis keineswegs die düstere Prophezeiung[5]) gerechtfertigt haben: „wer von diesem Verfahren gründliche Besserung erwartet, wird sich zweifellos binnen kurzem enttäuscht sehen".

II. Im Erkenntnisverfahren erster Instanz verhandeln die Parteien vor dem erkennenden Gerichte mündlich (§ 176 Z. P. O.); schriftliches Vorbringen ist grundsätzlich für die Endentscheidung bedeutungslos (§§ 272, 397 Z. P. O.), wovon nur die Fälle der §§ 266 (für gerichtliche Geständnisse) und 399 Z. P. O. (teilweises Versäumnisverfahren) — sachlich nicht zu rechtfertigende[6]) — Ausnahmen bilden. Ganz konsequent schreibt das Gesetz die neuerliche Verhandlung, also insbesondere die neuerliche unmittelbare Beweisaufnahme vor, wenn in der Besetzung der Richterbank eine Veränderung vor sich geht[7]) (§ 412 Z. P. O.). Die Beweise „sind im Laufe der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte aufzunehmen; sofern nicht" einer der taxativ aufgezählten Ausnahmsfälle vorliegt, in denen eine mittelbare Beweisaufnahme gestattet ist (§ 276 Z. P. O.). Die Endentscheidung des Prozeßgerichtes erster Instanz beruht demnach ausschließlich auf der mündlichen, unmittelbaren Verhandlung. Daran ändern auch die Beurkundungsnormen des Gesetzes nichts; denn nach §§ 272, 412 Z. P. O. sind nicht die beurkundeten, sondern die mündlich vorgetragenen Behauptungen die Entscheidungsgrundlage. Ebensowenig bilden die Protokolle des vorbereitenden Verfahrens (wiederum vom Falle des § 399 Z. P. O. abgesehen) eine Urteilsgrundlage,[8]) sondern nur der Vortrag ihrer Ergebnisse. Zwar soll auf den Namen „vorbereitendes Verfahren" hiebei kein großes Gewicht gelegt werden; dagegen ist entscheidend, daß es an jeder Norm fehlt, welche hier, abweichend von den §§ 272, 412 Z. P. O.,

[5]) Demelius, Kritische Studien II. S. 65.

[6]) Trotz der nach der Kritik von Wach, Die Mündlichkeit im österr. Zivilprozeßentwurf S. 51 ff. verbesserten Fassung des § 399 Z. P. O. Wie Text Skedl I. S. 56, 58; Stroß, Verfahren vor Gerichtshöfen S. 64 verallgemeinert mit Unrecht den Grundsatz des § 399 Z. P. O.

[7]) Klein, Vorlesungen S. 34 ff.

[8]) A. M. Skedl I. S. 62 ff.; v. Canstein S. 23 unter Berufung auf die §§ 254, 263 Z. P. O.; allein § 263 Z. P. O. ist nur eine, dem § 354 dtsch. Z. P. O. entnommene Konzentrationsnorm; siehe zum übrigen den Text.

den Protokollen diese erhöhte Bedeutung zuspräche: so gut diese Abweichung von den sonstigen Prozeßgrundsätzen in dem § 399 Z. P. O. für den Fall der teilweisen Versäumnis ausgesprochen ist, müßte sie es für jenen des vorbereitenden Verfahrens sein. Daß § 262 Z. P. O. ein Richterreferat an Stelle des Parteivortrages über die Ergebnisse des vorbereitenden Verfahrens anordnet, während die deutsche Zivilprozeßordnung im § 354 Z. P. O. den Parteivortrag kennt, hat nur eine formelle, keine sachliche Bedeutung (arg. § 262 Abs. 2 Z. P. O.).

Arg. § 78 E. O. gelten dieselben Grundsätze auch für die mündlichen Verhandlungen erster Instanz des Exekutionsverfahrens; § 56 E. O., der nur Willenserklärungen trifft, kommt hiebei nicht in Betracht.

Die weitgehenden Beurkundungsvorschriften der Zivilprozeßordnung — sie gehen erheblich weiter als jedes Vorbild eines mündlichen Prozesses — verfolgen darnach eine andere Tendenz als jene der Schaffung der Entscheidungsgrundlagen in erster Instanz. Sie sollen vor allem die Willenserklärungen festlegen,[9]) dann aber hinsichtlich der Wissenserklärungen in erster Instanz lediglich an Stelle der sonst unerläßlichen Privatnotizen verläßlich und unter Parteikontrolle das Gedächtnis der Richter unterstützen (§ 138 Z. P. O.), nicht wie im schriftlichen Prozesse ersetzen[10]) (§§ 272, 412 Z. P. O.); diesem ihrem Zwecke entsprechen sie namentlich bei vertagten Verhandlungen, und die Praxis vermißt diesen Gedächtnisbehelf geradezu in Bagatellsachen trotz des § 451 Abs. 2 Z. P. O. Immerhin handelt es sich hiebei um eine Nebenfunktion der Beurkundung im Zivilprozesse. Ihre Hauptfunktion entwickelt sie für das Rechtsmittelverfahren, und hier in erster Linie für das Berufungsverfahren. Dieses ist grundsätzlich nur einer „Überprüfung" der erstrichterlichen Entscheidung gewidmet,[11]) und darum ist konsequenterweise das Berufungsgericht auf die Verhandlungsergebnisse erster Instanz im wesentlichen beschränkt (§§ 482, 498 Z. P. O.). Diese festzuhalten ist das Protokoll da. Mehr als das hat es aber auch im Berufungsverfahren nicht zu thun. Es sagt freilich § 498 Z. P. O.: „die in den erstrichterlichen Prozeßakten" festgestellten Verhandlungsergebnisse seien die Grundlage des Berufungsverfahrens, und erweckt hiedurch den Anschein, als ob die nicht in den Akten ersichtlichen Verhandlungsergebnisse erster Instanz nicht berücksichtigt werden dürften. Allein es handelt sich im § 498 Z. P. O. wie im § 482 Z. P. O. lediglich um eine dem regelmäßigen Vorgange entnommene ungenaue Redewendung;[12]) denn schon durch den einfachen rechtzeitigen Widerspruch gegen Lücken des Verhandlungsprotokolles wird dem Vorgetragenen, aber nicht Beurkundeten die Beachtlichkeit auch in zweiter Instanz gesichert (§§ 212, 498 Z. P. O.), und

[9]) Diese werden auch nach der deutschen Zivilprozeßordnung protokolliert.

[10]) A. M. Ullmann S. 62; Demelius, Kritische Studien II. S. 1 ff.; wie Text Skedl I. S. 67 ff. (mit einer wertvollen Würdigung der Protokollierungsnormen überhaupt); Beißer a. a. O.; wohl auch v. Canstein S. 23, 202.

[11]) Siehe darüber § 92.

[12]) A. M. Skedl II. S. 101 f.; vergl. für den Text v. Canstein S. 202 Anm. 6.

überdies steht der Gegenbeweis gegen den Protokollinhalt hinsichtlich der Wissens- und Willenserklärungen der Partei frei (§ 215 Abs. 1 Z. P. O.). So ist denn die Beurkundung auch für das Berufungsverfahren kein Ersatz, sondern lediglich eine Niederschrift des in erster Instanz mündlich Vorgetragenen.

III. Die mündlichen Parteierklärungen werden vor dem Gerichte abgegeben. Handelt es sich um solche in der mündlichen Verhandlung, so müssen sie unmittelbar, also vor dem erkennenden Gerichte, dürfen nicht vor dem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen; diese Parteierklärungen vor dem erkennenden Gerichte in mündlicher Verhandlung heißen Parteivorträge (§ 177 Z. P. O.). Auf das Halten eines Parteivortrages hat jede Prozeßpartei ein Recht, dessen Verletzung den Nichtigkeitsgrund des § 477 Z. 4 Z. P. O. begründet; dieses Recht geht nur auf eine zusammenhängende mündliche[13]) Sachverhaltsdarstellung, die sich nicht in Weitläufigkeiten und die Darstellung unerheblicher Nebenpunkte verliert (§ 180 Z. P. O.). Der Zeitpunkt dieses Parteivortrages und die Zulassung weiterer Parteivorträge wird durch das gerichtliche Ermessen bestimmt (§ 180 Abs. 2 Z. P. O.); in der Praxis hat sich für das Erkenntnisverfahren die Übung herausgebildet, den Parteien bei Beginn der Verhandlung einen Vortrag zur Sachverhaltsdarstellung und am Schlusse einen solchen über die Rechtsfragen und die Beweisergebnisse zu gestatten. Die Partei ist nicht verpflichtet, den Vortrag zu halten; allein schriftliche Äußerungen der anwesenden Partei sind rechtlich unbeachtlich (arg. § 399 Z. P. O.). Die Partei, welche den Vortrag hält, hat in demselben ihre Anträge zu stellen, sich über die gegnerischen Anträge zu äußern, den Sachverhalt vollständig und wahrheitsgemäß darzustellen, sämtliche ihr bekannten Beweismittel anzugeben und zu beantragen und darf auch Rechtsausführungen über das „Streitverhältnis" bringen (§ 177 Z. P. O.); diese Rechtsausführungen sind grundsätzlich der mündlichen Verhandlung vorbehalten und dürfen bei sonstigen Kostenfolgen (§ 49 Abs. 2 Z. P. O.) in Schriftsätzen nur dann erscheinen, wenn auf diese bestimmungsgemäß keine mündliche Verhandlung folgt (§§ 78, 492, 506, 520 Z. P. O.; § 78 E. O.).

Die zweite Form der mündlichen Erklärungen ist die von der „Vernehmung" der §§ 371 ff. Z. P. O. scharf zu sondernde Einvernehmung der Partei; jene ist ein Beweismittel, diese eine formlose, dem Parteivortrag außerhalb der mündlichen Verhandlung äquiparierende Parteierklärung. Sie kommt vor dem erkennenden Gerichte oder dem beauftragten oder ersuchten Richter, aber auch vor der Gerichtskanzlei vor, erfolgt bald in Gegenwart des Prozeßgegners, bald in dessen Abwesenheit; sie muß nicht einmal immer mündlich, sondern darf bisweilen auch schriftlich geschehen (§ 176 Z. P. O.; § 55 E. O.). Sie steht denn auch nicht unter dem Unmittelbarkeitsprinzipe[14]) und steht in der Beurkundung hinter

[13]) „Das Ablesen schriftlicher Aufsätze statt mündlichen Vorbringens ist unzulässig" (§ 177 Z. P. O.).

[14]) Schauer, Zivilprozeßordnung S. 460 ad § 175 Z. P. O.

den Parteivorträgen dadurch zurück, daß für diese stets das Verhandlungsprotokoll, für jene aber auch der formlose Aktenvermerk dient (§ 55 E. O.; § 88 G. O.).

IV. Die Schriftform ist vorgeschrieben für folgende Parteierklärungen: die Klage (§ 434 Z. P. O.; siehe S. 370 f.), die ordentlichen Rechtsmittel (§§ 465, 505, 520 Z. P. O.; § 78 E. O.), alle anderen außerhalb der mündlichen Verhandlung vorzubringenden Anträge (§ 434 Z. P. O.; § 53 E. O.), Feststellungsanträge (§§ 236, 259 Z. P. O., ex ratione legis auch in Bagatellsachen), Klagänderungen (§§ 208 Z. 1, 451 Z. P. O.), Vergleich (§ 204 Z. P. O.), Verzicht, Anerkenntnis (§§ 208, 451 Z. P. O.), Rügen (§ 196 Z. P. O.) und Widersprüche (diese beiden nicht in Bagatellsachen, § 451 Z. P. O.); Erklärung über die beantragte Parteivernehmung (§§ 208 Z. 1, 451 Z. P. O.). Für sie alle ist die Niederschrift ein unverzichtbares Formerfordernis ihrer Beachtlichkeit, wenn auch ihr Mangel keinen Nichtigkeitsgrund bildet; für den Vergleich ist die gehörige Niederschrift sogar die Gültigkeitsbedingung. Insgesamt handelt es sich hier um Willenserklärungen; deren Niederschrift ist geboten, um das Gerippe des Prozesses festzuhalten. Bei den Wissenserklärungen fällt dieser Grund fort, und die für sie auch in gewissem Umfange erforderliche Schriftform ist daher in ganz anderer Weise vorgeschrieben (siehe VI b).

An Schriftformen der Parteierklärungen stehen zur Verfügung der Schriftsatz (§§ 74 ff. Z. P. O.), das Protokoll (§§ 207 ff. Z. P. O.), der Tatbestand im Urteile und Beweisbeschlusse (§§ 417, 444, 445, 493 Z. P. O.), der Aktenvermerk (§ 55 E. O.); ihnen ist lediglich gemeinsam, daß sie den Prozeßstoff nicht würdigen oder entscheiden, sondern beurkunden. Die Schriftsätze rühren von Parteien und trotz des zu engen Wortlautes des § 75 Abs. 3 Z. P. O. auch von anderen Personen im Prozesse, wie den Nebenintervenienten (§ 18 Z. P. O.), Prozeßbevollmächtigten (Art. V Einf. Ges. zur Z. P. O.), Zeugen (§ 323 Z. P. O.), Sachverständigen u. s. f. her; die anderen Schriftformen benutzt lediglich das Gericht, und zwar auch dann, wenn es nach § 265 Z. P. O. eine Niederschrift durch einen Advokaten besorgen läßt.[15])

V. Schriftsätze sind außerhalb der mündlichen Verhandlung abgegebene, an das Gericht gerichtete, aber nicht von ihm aufgenommene, vom Erklärenden selbst oder durch einen Bevollmächtigten unterfertigte[16]) schriftliche oder telegraphische Erklärungen (§ 74 Z. P. O.; § 89 G. O. G.); von den Protokollen und Protokollsanlagen (§ 265 Z. P. O.) unterscheidet sich der Schriftsatz durch die aufnehmende Person und dadurch, daß jene in, die Schriftsätze außerhalb der mündlichen Verhandlung aufgenommen werden,[17]) endlich durch das Erfordernis der Parteienunterschrift bei Schriftsätzen[18]) (§ 213 Z. P. O.). Regelmäßige, aber keine

[15]) A. M. Beißer a. a. O. S. 91.

[16]) Die Unterschrift ist essentiell; a. M. Wachtel S. 78.

[17]) A. M. Beißer S. 91; Skedl I. S. 74 Anm. 80 für die Protokollsanlagen.

[18]) Ausnahme: gerichtliche Vergleiche sind von den Parteien zu unterschreiben

notwendige (§ 21 Z. P. O.) Eigenschaft eines Schriftsatzes ist, daß er zur Mitteilung an das Gericht dient.

Die Schriftsätze zerfallen in bestimmende und nicht bestimmende, in vorbereitende und nicht vorbereitende; die Einteilungen durchkreuzen einander. Bestimmende Schriftsätze — der terminus ist dem Gesetze fremd — nennt man jene, bei denen die Beachtlichkeit des Inhaltes (genauer: eines Teiles des Inhaltes) davon abhängt, daß er im Schriftsatze[19]) steht; alle anderen sind nicht bestimmende. Zu den bestimmenden gehören die Klage, die Rechtsmittel, der Antrag auf Exekutionsbewilligung, nicht auch die Klagbeantwortung,[20]) weil sie zwar zur Vermeidung gewisser Versäumnisfolgen (§ 398 Z. P. O.) unerläßlich, weil aber alles, was ihr Inhalt ist, auch beachtlich ist, wenn es in der mündlichen Streitverhandlung erst vorgebracht wird: sie ist ein Formalerfordernis zur Vermeidung der Folgen des § 398 Z. P. O. Vorbereitende Schriftsätze sind solche, welche eine (obligatorische oder fakultative)[21]) mündliche Verhandlung für das Gericht und den Gegner vorzubereiten bestimmt sind; sie dienen lediglich diesen Informationszwecken, ihr Inhalt ist an sich kein Verhandlungsstoff, sondern wird es erst durch sein Vorbringen in der mündlichen Verhandlung (Ausnahmen: §§ 266, 399, 442 und bei der Versäumnis des Klägers, § 396 Z. P. O.). Alle anderen Schriftsätze sind nichtvorbereitende, deren Inhalt als solcher beachtlich ist, so z. B. ein Schriftsatz, der die Vereinbarung des Ruhens des Verfahrens anzeigt. In den Erfordernissen der Schriftsätze zeigen sich die Differenzen der bestimmenden und nicht bestimmenden gar nicht, der vorbereitenden und nicht vorbereitenden im wesentlichen nur darin, daß bei jenen Rechtsausführungen und Beweiswürdigungen verboten, bei diesen erlaubt sind (§ 78 Z. P. O.; siehe III); die Angabe des Rechtsgrundes ist eine Rechtsanführung, keine Rechtsausführung, daher auch in vorbereitenden Schriftsätzen zulässig, ja bisweilen notwendig (§§ 226, 228 Z. P. O.)

Minimalerfordernisse für alle Arten der Schriftsätze sind: a) das Rubrum, das ist die Bezeichnung des Gerichtes (beim Vorhandensein von Gerichtsabteilungen mit verschiedener Zuständigkeit [siehe S. 215 f.] auch der Abteilung), der Parteien (bei physischen Personen unter Angabe des Vor- und Zunamens)[22]) und der Beschäftigung, bei Handelsgesellschaften, die keine juristischen Personen sind, unter Angabe der Firma, mag sie protokolliert sein oder nicht[23]) (Art. 110 H. G. B.), unter Bezeichnung der

(§ 212 Z. P. O.), sonst sind sie unverbindlich.

[19]) Oder in einem dasselbe ersetzenden „protokollarischen Anbringen" (§ 79 Z. P. O.).

[20]) A. M. Demelius S. 563; zweifelhaft Stroß S. 57 ff.

[21]) A. M. Wachtel S. 80. Wird die fakultative Verhandlung nicht angeordnet, dann wirkt allerdings der Inhalt des Schriftsatzes, nicht auch, wenn sie angeordnet wird.

[22]) Hiegegen wird in der Praxis bei protokollierten Einzelkaufleuten häufig dadurch gefehlt, daß nur ihre Firma angeführt ist; Skedl S. 124 Anm. 2; Sigmund Grünberg in Jur. Bl. 1901 S. 601 ff.; Staub-Pisko, H. G. B. I. S. 64 ff.; a. M. v. Canstein, Lehrbuch des Handelsrechtes I. S. 211; Neumann, Komm. I. S. 305.

[23]) A. M. Neumann, Komm. II. S. 76; Adler-Clemens Nr. 1400.

Parteirollen, der Parteivertreter, des Prozeßgegenstandes, der Beilagenanzahl (§ 75 Z. 1, 2 Z. P. O.); die Beilagen sind (Ausnahmen: Prozeßvollmacht, § 37 Z. P. O.; Prorogationsurkunde, § 104 J. N.) nur in Abschrift beizuschließen,[24]) es handle sich denn um nichtvorbereitende Schriftsätze (§ 77 Z. P. O.); b) die Mitteilung, welche gemacht, oder der Antrag, welcher gestellt werden soll, in letzterem Falle eine knappe Sachverhaltsdarstellung; dieselbe soll spezialisiert sein (§ 78 Z. P. O.) und die Beweismittel bezeichnen (§ 76 Z. P. O.); c) die eigenhändige Unterschrift der Partei oder ihres Vertreters (§ 75 Z. 3 Z. P. O.), im Advokatenprozesse jene des Vertreters (§ 75 Z. P. O.). — Verstöße gegen diese Normen sind von Amts wegen zu beheben, wenn sie die ordnungsmäßige geschäftliche Behandlung hindern[25]) (§ 84 Z. P. O.), wie z. B. das Fehlen des Antrages oder der Unterschrift.[26]) Dagegen sind andere Verstöße nicht von Amts wegen zu beheben,[27]) sondern führen nur, wenn sie, wie z. B. eine unzureichende Spezialisierung, unbehoben bleiben, zur Abweisung des Antrages, oder sie ziehen, wie z. B. Rechtsausführungen in vorbereitenden Schriftsätzen, Kostennachteile nach sich (§ 48 Z. P. O.); ausnahmsweise sind auch solche Verstöße von Amts wegen, jedoch ohne Zwangsmittel zu beheben, nämlich bei Klagen Rechtsunkundiger (arg. § 435 Z. P. O.).

Für die nicht vorbereitenden Schriftsätze sind bisweilen Fristen festgesetzt, außerhalb welcher sie nicht überreicht werden dürfen (so z. B. für Rechtsmittel; § 165 E. O.); sonst sind sie wann immer im Prozesse zulässig. Dagegen sind vorbereitende Schriftsätze (mit der selbstverständlichen Ausnahme der Klage) im Erkenntnisverfahren erst nach der ersten Tagsatzung zugelassen (arg. §§ 258, 397 Z. P. O.); nach derselben sind sie während eines vorbereitenden Verfahrens sachgemäß unzulässig (arg. § 258 Z. P. O.), sonst aber von der ersten Tagsatzung an[28]) trotz des engeren Wortlautes des § 258 Z. P. O. bis zur letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz zulässig (arg. §§ 399, 482 Abs. 2 Z. P. O.) und im Verfahren vor Gerichtshöfen wegen des hier durchschnittlich komplizierten Sachverhaltes sogar erwünscht (§§ 139, 44 Abs. 2,

---

[24]) Je eine für das Gericht und jeden Gegner; die letztere kann entfallen, wenn der Gegner das Original hat, und bei Urkunden großen Umfanges auch schon, wenn er es kennt (§ 77 Z. P. O.); beide entfallen, wenn die Partei die Urkunde nicht in Händen hat (§ 77 Abs. 3 Z. P. O.).

[25]) Gegen solche Aufträge kein abgesonderter Rekurs (§ 85 Z. P. O.); die Verbesserungsfrist ist nur bei befristeten Schriftsätzen zu geben, bei diesen unerstreckbar (§ 85 Abs. 2 Z. P. O.).

[26]) Donat in G. Z. 1899 S. 297; Cholonev in G. H. 1902 Nr. 25, welche beide mit Recht diese Verbesserungen im Falle des § 88 E. O., letzterer konsequent auch für jenen des § 133 E. O. als unzulässig bezeichnen. — Die vorgenommene Verbesserung braucht sich nicht auf den gerügten Mangel zu beschränken; Pfaff-Schey Nr. 160; Klein, Vorlesungen, S. 234 (einschränkend).

[27]) Stroß S. 23 ff.; a. M. Neumann, Komm. I. S. 319; Schwalb in Jur. Bl. 1900 Nr. 52.

[28]) § 258 Z. P. O. denkt nur an den regelmäßigen Fall, wenn er vorbereitende Schriftsätze erst nach der Zustellung der Klagbeantwortung zuläßt; § 260 Z. P. O. zwingt zur Auslegung des Textes.

258, 399 Z. P. O.). Im Sicherungs- und Exekutionsverfahren, das keine erste Tagsatzung kennt, fällt deren Schranke weg (§ 57 E. O.); analoge Grundsätze gelten im Verfahren der höheren Instanzen. Für einzelne vorbereitende Schriftsätze, wie die Klagbeantwortung, die Einwendungen des Urkundenprozesses, sind Fristen normiert, außerhalb welcher sie nicht überreicht werden dürfen. Schriftsätze, die zu unzulässiger Zeit überreicht sind, sind von Amts wegen zurückzustellen[29]) (§§ 148, 398, 468, 552 Z. P. O.; § 165 E. O.).

VI. Die Protokolle sind vom Gerichte aufgenommene Beurkundungen prozessualer Vorgänge; sie zerfallen in protokollarisches Anbringen, Protokolle über angeordnete Amtshandlungen (z. B. Verhandlungs-, Pfändungs-, Versteigerungsprotokolle) und die Beratungsprotokolle.

a) Das protokollarische Anbringen (§ 79 Z. P. O.) dient als Ersatz des Schriftsatzes, dessen Erfordernisse er völlig, also einschließlich jenes der Parteienunterschrift, erfüllen muß und von dem er sich nur dadurch unterscheidet, daß ihn das Gericht aufnimmt; die für die Verhandlungsprotokolle gegebenen Vorschriften sind trotz der entgegenstehenden Marginalrubrik des § 216 Z. P. O. auf das protokollarische Anbringen unanwendbar. Die Institution dient Rechtsunkundigen (§ 435 Abs. 2 Z. P. O.); sie soll ihnen die erforderliche Belehrung eines hinreichend Rechtskundigen über ihre Rechte und deren Geltendmachung unentgeltlich verschaffen und soll ihnen gleichzeitig die Verfassung der nötigen Schriftsätze abnehmen. Sie vermag, ernstlich ausgeübt, eine der wirksamsten Waffen gegen die Winkelschreiberei zu bilden; nur müssen die Gerichte strenge an der Norm festhalten, daß die Aufnahme eines in hypothesi zulässigen protokollarischen Anbringens niemals, auch nicht wegen der Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung oder wegen der Unzuständigkeit des Gerichtes abgelehnt werden darf (§ 435 Z. P. O.), und auch nicht deshalb, weil der Antragsteller einer verständlichen Äußerung nicht fähig ist (arg. § 185 Z. P. O.); auch darf es das Gericht nicht ablehnen, die Rechtsverhältnisse des Antragstellers sich mit Mühe klar zu machen, und darf sich nicht darauf beschränken, einfach zu Protokoll zu nehmen, was der Unkundige und Ungelenke ihm vorträgt.[30])

Das protokollarische Anbringen ist den nicht durch einen Advokaten oder Notar (arg. ex ratione der §§ 42 Abs. 2, 434 Z. P. O.) ver-

[29]) Für die Klagbeantwortung bestritten; wie Text Ullmann S. 128; Sperl, Urteile in Versäumnisfällen S. 43; Schauer, Z. P. O. S. 682 f.; Stroß S. 56; im Wesen mit dem Texte übereinstimmend das amtliche Zivilprozeßformular Nr. 37; a. M. Wachtel S. 361; v. Schuster S. 252 Anm. 16; Neumann, Komm. I. S. 579. Demelius S. 564 läßt sie nur dann zurückstellen, wenn sie nicht auch eine der Einreden des § 260 Z. P. O. beantwortet.

[30]) Richtig M. v. J., Über die Aufgaben des Richters bei Protokollierung von Klagen (G. Z. 1901 S. 284 ff.); a. M. v. Falke i. e. l. 1901 S. 264; Pisko, Das Anbringen der Berufung zu gerichtlichem Protokolle (Not. Ztg. 1901 Nr. 46 f.); Sternberg, Über Anbringung von Klagen zu gerichtlichem Protokolle (G. H. 1901 Nr. 37) mit der auffallenden Begründung: der Rechtsbeistand des Richters solle der Partei nach dem Gesetze (?) „erst im Augenblicke der Verhandlung selbst zu teil werden".

tretenen Laien freigestellt, ob sie das Armenrecht haben oder nicht; sie verlieren dieses Recht auch nicht, wenn sie durch einen Laienvertreter handeln, es bestehe denn absoluter oder relativer Anwaltszwang (S. 155). Dieses Anbringen ersetzt für diese Parteien alle Schriftsätze im bezirksgerichtlichen Verfahren (§§ 434, 465, 468, 520 Z. P. O.), mit Ausnahme der Revision (§ 520 Z. P. O.) und in der Regel der Berufung (§ 465 Abs. 2 Z. P. O.), ferner des Falles des Vertretungszwanges nach § 185 Z. P. O.; ferner ersetzt es im Exekutionsverfahren, in den Verfahren um Erlangung des Armenrechtes, wegen Ablehnung von Gerichtspersonen (§§ 22, 26 J. N.) und ex ratione legis (§ 27 Abs. 2 Z. P. O.) in Ehesachen[31]) auch vor den Gerichtshöfen erster Instanz den Schriftsatz (§ 53 E. O.; § 72 Z. P. O.). Ausnahmsweise, in den in den §§ 22 J. N., 91,[32]) 162, 255, 258, 286, 323, 348, 355, 384, 445 Z. P. O. genannten Fällen, steht das protokollarische Anbringen an Stelle des Schriftsatzes allen Parteien ohne Rücksicht auf ihre Rechtskenntnis und Vertretung zu.

Die Aufnahme der protokollarischen Anbringen erfolgt durch die Gerichtskanzlei (§§ 319, 320 G. O.), insofern sie dem Richter nicht vorbehalten sind (§§ 79 Abs. 2, 439, 451 Z. 2 Z. P. O.; 56, 59 G. O. G.); doch ist ihre, in schwierigeren Fällen unerläßliche Aufnahme durch den Richter selbst stets gültig.

b) Die Protokolle[33]) sind Beurkundungen des Gerichtes über Amtshandlungen während des Verfahrens; sie werden stets von einer Gerichtsperson, aber nicht immer von einem Richter aufgenommen (z. B. Pfändungsprotokolle). Die Zuziehung eines Schriftführers ist essentiell, gehört zur ordentlichen Besetzung der Richterbank (§ 7 J. N., S. 237) bei allen Tagsatzungen des Erkenntnisverfahrens[34]) (§§ 216, 418 Z. P. O.; § 59 E. O.) und beim Versteigerungstermine (§§ 180, 194 E. O.); in allen anderen Fällen ist sie fakultativ. Die Anwesenheit und Teilnahme der Parteien am Protokollierungsakte ist zulässig (§ 212 Z. P. O.; § 32 E. O.), aber nicht essentiell. Die Minimalerfordernisse der Protokolle sind: 1. das Rubrum, welches hier die Bezeichnung des Gerichtes, der Gerichtspersonen, des Dolmetsches, Beginn, Ort und Gegenstand der Amtshandlung, die Namen der Parteien und Beteiligten sowie ihrer Vertreter enthält (§§ 133, 134, 217, 216 Z. P. O.); 2. die für die Hauptsache, den Gang des Verfahrens oder die Entscheidung erheblichen Willenserklärungen der Parteien[35]) und Beteiligten, nicht auch deren Motivierungen; im Erkenntnisverfahren entfallen diese Beurkundungen, insoweit den Willenserklärungen schon durch eine gerichtliche Entscheidung entsprochen ist,

[31]) Ausgenommen: die Ehetrennungsklagen von Juden (§ 135 a. b. G. B.; § 319 G. O.; S. 371); siehe auch S. 111 f.

[32]) Die Protokollaufnahme selbst darf da entfallen, wenn der Beschwerde sofort Folge gegeben wird.

[33]) Um der Deutlichkeit willen hier im Zusammenhange behandelt. Beispielsammlungen: Neumann, Das Verfahren nach der Zivilprozeßordnung, an Rechtsfällen dargestellt; Urban, Das Verfahren nach der neuen Zivilprozeßordnung.

[34]) A. M. Horten S. 123.

[35]) In Bagatellsachen nur die Sachanträge, Verzicht, Anerkenntnis und Vergleich (§ 451 Z. P. O.).

oder insoweit jene schon zurückgenommen sind (§§ 30, 204, 208, 209 Z. P. O.; § 253 E. O.); 3. die verkündeten gerichtlichen Entscheidungen[36]) ohne Gründe, dann im Erkenntnisverfahren jene „Anordnungen und Verfügungen", wider welche ein Rechtsmittel zulässig ist (§§ 208 Z. 3, 451 Z. P. O.), im Exekutions- und Sicherungsverfahren alle „Anordnungen und Verfügungen" (§ 59 E. O.); 4. die Darstellung des Ganges und Ergebnisses der Amtshandlung (§ 209 Z. P. O.; § 59 E. O.), in Bagatellsachen ist mit Ausnahme der Wahrheitserinnerung an die Parteien der Gang des Verfahrens nicht zu beurkunden[37]) (§ 451 Z. 2 Z. P. O.); 5. wenn die Amtshandlung öffentlich zu sein hat, die Konstatierung dieses Umstandes; 6. die Unterschrift des Richters (Vorsitzenden) und des (etwa zugezogenen) Schriftführers.

Protokolle über „mündliche Verhandlungen" haben überdies nebst einem Resumé oder einer ausführlicheren Wiedergabe der in der Verhandlung gewonnenen Beweisergebnisse (§§ 343, 367, 370, 380, 451 Z. 2 Z. P. O.) mit Ausnahme jener durch Urkunden noch „den Inhalt des auf den Sachverhalt sich beziehenden beiderseitigen Vorbringens in gedrängt zusammenfassender Darstellung" zu enthalten[38]) (§§ 209, 216 Z. P. O.; § 78 E. O.). Das ist die von Demelius und Kornfeld angegriffene, von Franz Klein in seinen Mündlichkeitstypen verteidigte Neuerung des österreichischen gegenüber dem deutschen Rechte; in ihr steckt der behauptete Abfall vom Mündlichkeitsprinzipe.

Diese Sachverhaltsdarstellung darf keine wörtliche, auch sehr mit Recht niemals eine Wiedergabe der einzelnen Parteivorträge sein, sondern sie hat zusammenfassend in jeder mündlichen Verhandlung den status causae et controversiae dieser Verhandlung, wenn nötig, mit Angabe der Rechtsgründe, jedoch ohne Rechtsausführungen so festzuhalten, daß alles vernünftigerweise von irgend einem Standpunkte aus, nicht bloß das von jenem des erkennenden Gerichtes aus Relevante aufgenommen wird; während der Verhandlung soll diese Darstellung nur stattfinden, wenn abgesondert (wenn auch ohne abgesonderte Verhandlung) über ein einzelnes Angriffs- oder Verteidigungsmittel verhandelt oder wenn der Verhandlungsstoff umfangreich ist (§ 211 Z. P. O.). Die Darstellung erfolgt grundsätzlich (siehe § 209 Abs. 3 Z. P. O.) nicht in wörtlicher Wiedergabe der Parteivorträge, sondern als ein gedrängtes Referat ihres Inhaltes, und zwar entweder und am sachgemäßesten als Resumé am Schlusse der Verhandlung, weil da in der Regel schon viele Streitpunkte weggefallen sind, so daß die Protokollierung sich vereinfacht, oder auch als Teilprotokoll (etwa über einzelne Angriffs- oder Verteidigungsmittel), endlich auch — wohl die wenigst übersichtliche Form[39]) — als Flickprotokoll dadurch,

[36]) Zu eng spricht § 451 Z. 3 Z. P. O. nur von „Urteilen"; siehe aber §§ 260 f. Z. P. O.; wie § 451 Z. P. O. Neumann, Komm. I. S. 851.

[37]) A. M. wohl Beißer a. a. O. S. 85 Spalte 2.

[38]) Ausnahmen: bisweilen ist ihre Verschiebung in den Beweisbeschluß bei Bezirksgerichten (§ 444 Z. P. O.), in den Urteilstatbestand bei Bezirks- und Berufungsgerichten (§§ 445, 493 Z. P. O.) zulässig.

[39]) A. M. Urban in G. Z. 1896 S. 426.

daß die Abweichungen von den in sonstigen Prozeßakten erliegenden Parteierklärungen protokolliert werden (§§ 209, 210, 211 Z. P. O.). Die Wahl steht lediglich dem Gerichte zu; nur muß in jedem Falle das Protokoll bei der Verhandlung fertiggestellt sein[40]) (arg. §§ 212, 213 Abs. 2 Z. P. O.). Die Protokollierung ist Sache des Gerichtes und keinem abgesonderten Rechtsmittel unterworfen (§ 214 Z. P. O.).[41]) Die Erfahrung lehrt, daß bei gewissenhafter Beobachtung des Gesetzes die Protokollierung durch geschulte Gerichtspersonen die Verhandlung nur unerheblich aufhält und die Parteien höchst erfreulicherweise zur Klarheit veranlaßt. Freilich muß den Parteien Einfluß auf die richtige und vollständige Protokollierung gewahrt sein; das geschieht dadurch, daß ihnen Einsicht in dasselbe vor seinem Abschlusse zu gewähren oder dasselbe vorzulesen ist, und daß sie bei diesem Anlasse und nur bei ihm (arg. § 215 Z. P. O.; Ausnahmen §§ 444, 445, 493 Z. P. O.) Richtigstellungen und folgeweise auch Ergänzungen von Lücken im Protokolle verlangen dürfen; wird ihrem Verlangen keine Folge gegeben, so haben sie das Recht, einen notwendigerweise individualisierten, aber keineswegs spezialisierten Widerspruch gegen den betreffenden Teil des Protokollinhaltes zu erheben (§§ 212, 498 Z. P. O.).

Das Protokoll soll von den anwesenden Parteien und Vertretern, soll nicht von Zeugen und Sachverständigen und muß vom Richter[42]) und Schriftführer unterschrieben sein (§§ 212, 213 Z. P. O.), es sei denn gültigerweise kein solcher zugegen (§ 59 E. O.). Das Fehlen der Parteiunterschrift hat keinerlei rechtliche Vor- oder Nachteile.[43]) Dagegen sind die Gerichtsunterschriften für die Beweiskraft des Protokolls essentiell, da es eine öffentliche Urkunde ist (§ 215 Z. P. O.), und da zu deren „vorgeschriebenen Form" (§ 292 Z. P. O.) die Unterschrift gehört (Hofd. vom 19. April 1799, J. G. S. Nr. 466). Der Inhalt des unterfertigten Protokolls ist stets von Amts wegen zu beachten[44]) (§ 217 Z. P. O.). Insoweit die Beurkundung der „für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten" im Protokolle fehlt (z. B. die Konstatierung ihrer Öffentlichkeit), gelten die betreffenden ex lege als nicht beobachtet; insoweit sie beurkundet sind, macht das Protokoll hinsichtlich ihrer wie hinsichtlich seines sonstigen Inhaltes einen vollen, durch Gegenbeweis aber widerlegbaren[45]) Beweis (§ 215 Z. P. O.); insoweit ein Widerspruch reicht, ist die Beweiswürdigung des betreffenden Protokollteiles nicht gebunden,

---

[40]) Neumann, Komm. I. S. 510; v. Fürstl I. S. 325; a. M. Demelius S. 370.

[41]) Vor Gerichtshöfen darf ein Senatsbeschluß gefordert werden.

[42]) Vor Senaten vom Vorsitzenden.

[43]) Neumann, Komm. I. S. 510; a. M. Wachtel S. 207; Demelius S. 371, der meint, die Verweigerung der Unterschrift gestatte der Partei, „im weitesten Maße" (?) den Protokollinhalt zu bestreiten; wozu ist dann der Widerspruch da? — Über die Unterschrift des Zwangsverwalters siehe Heller-Trenkwalder S. 101, 103.

[44]) Darin liegt kein Bekenntnis zur Schriftlichkeit, wie Demelius S. 374 sagt; siehe oben II.

[45]) Arg.: „nur" in § 215 Abs. 2 Z. P. O.; Neumann, Komm. I. S. 512; Wachtel S. 203; a. M. Ullmann S. 70; Dresdener a. a. O. S. 401 f.; teilweise a. M. v. Fürstl I. S. 331; zweifelhaft v. Schuster S. 288.

sondern frei (§§ 215, 498 Z. P. O.). Haben jedoch die Parteien das Protokoll verfaßt oder auch nur geschrieben,[46]) so ist dasselbe und die darauf gestützte Entscheidung nichtig (§ 477 Z. 8 Z. P. O.); in Bagatellsachen gilt dieser Nichtigkeitsgrund durch ein unschädlich gebliebenes Redaktionsversehen nicht (§ 501 Z. P. O.).

c) Die Aktenvermerke sind kurze Notizen über prozessual relevante Vorgänge, sowohl im internen Dienst als auch im Verkehre mit den Parteien; sie ersetzen nicht (Ausnahme: § 59 G. O. G.) ein Protokoll über eine mündliche Verhandlung oder ein protokollarisches Anbringen, wohl aber nach Ermessen alle anderen Protokolle (§ 53 E. O.; §§ 80, 95, 166, 199, 274 G. O.); ihre Zulässigkeit im Erkenntnisverfahren ist nicht expresse, sondern nur implicite ausgesprochen[47]) und ein allgemeiner, empfehlenswerter Brauch.

VII. Anhang. Die äußere Gerichtssprache,[48]) das ist jene für den Verkehr zwischen dem Gerichte und den Parteien, ist die „landesübliche" (§ 13 a. G. O.), das ist die „im Lande bei Gericht übliche" (§ 14 W. G. O.) Sprache; es können deren bei einem Gerichte auch mehrere sein. Dieser hat sich die Partei oder ihr Vertreter bei allen Mitteilungen an das Gericht zu bedienen. Die Zuziehung eines Dolmetsches wegen der Sprachunkenntnis der Partei[49]) oder ihres Vertreters ist unzulässig[50]) (§ 13 a. G. O.; § 185 Z. P. O.; § 123 G. O.); vielmehr ist bei Sprachunkenntnis des Erschienenen die Verhandlung einmal zur Beiziehung eines „geeigneten Bevollmächtigten" zu vertagen (§ 185 Z. P. O.); Schriftsätze in einer anderen als der Gerichtssprache sind zurückzuweisen, und es ist, wenn sie befristet sind, eine Reproduzierungsfrist zur Behebung des Mangels zu geben (§ 84 Z. P. O.).

§ 86. Die Öffentlichkeit.[1])

I. Unter Parteienöffentlichkeit versteht man das Recht einer Prozeßpartei, bei den Akten des Erkenntnis-, Sicherungs- und Exekutionsverfahrens zugegen zu sein, in welchen sie die Partei ist. Dieses Recht steht in Österreich grundsätzlich den Prozeßparteien seit der Novelle vom 16. Mai 1874 Nr. 69 zu, so auch im geltenden Rechte.

Von ihr verschieden ist die Öffentlichkeit der Verhandlung; darunter versteht man die Freiheit des Zuhörens ohne den Nachweis oder die Bescheinigung eines Interesses irgend welcher Art am Prozesse. Diese

[46]) Ausnahmen: die Niederschriften der §§ 265, 445 Abs. 2 Z. P. O.; das Gericht muß sie unterschreiben.

[47]) A. M. Dresdener a. a. O. S. 382; Beißer a. a. O. S. 83; wohl auch Wachtel S. 194.

[48]) v. Canstein S. 45; Graf Schaffgotsch im Österr. Staatswörterbuch I. S. 765, II. S. 1674.

[49]) Sie komme denn als Beweismittel in Frage; Beißer in G. Z. 1897 S. 84.

[50]) Überzeugend Skedl I. S. 301 Anm. 77.

[1]) Friedmann, Geheime Verhandlungen und Wahrung von Geheimnissen (1895); Ullmann S. 38, 62; Skedl I. S. 51 Anm. 3. Um der Übersichtlichkeit willen ist hier die ganze Lehre von der Öffentlichkeit im Zivilprozesse behandelt.

Öffentlichkeit besteht also für das Publikum, sowohl im Interesse seiner Erziehung als auch in jenem der Kontrolle der Rechtsprechung. Sie ist im Staatsgrundgesetze vom 21. Dezember 1867 Nr. 144 Art. X versprochen und nun im § 171 Z. P. O. allen erwachsenen Personen, wenn sie unbewaffnet sind (sie seien denn zum Waffentragen verpflichtet), gewährt. Hievon sind nur die im Prozesse noch zu vernehmenden Zeugen (§ 339 Z. P. O., nicht auch die Sachverständigen,[2]) § 361 Z. P. O.) und jene Personen ausgenommen, die trotz der richterlichen Ermahnung die Verhandlung, etwa durch Beifalls- oder Mißfallensbezeigungen, stören (§ 198 Z. P. O.); jene dürfen, diese sollen aus dem Verhandlungssaale entfernt werden.

Die Öffentlichkeit besteht für die mündlichen Verhandlungen vor dem erkennenden Gerichte[3]) im Erkenntnisverfahren, ferner für die Ablegung des Offenbarungseides im Exekutionsverfahren (§ 171 Z. P. O.; § 48 E. O.); alle anderen Verhandlungen im weitesten Sinne (§ 175 Z. P. O.) sind nur parteienöffentlich; Gerichtssitzungen, z. B. zur Beratung, sind geheim (§§ 413, 473, 492, 509 Z. P. O.).

II. Die Öffentlichkeit vermag hie und da das Prozeßergebnis zu gefährden; darum darf sie in solchen Fällen für die Verhandlung, nie für die Verkündung der Entscheidung[4]) (daher auch nicht für jene der wesentlichen Entscheidungsgründe[5]) [§ 414 Z. P. O.]) ausgeschlossen werden. Die Voraussetzungen für diesen Ausschluß sind: in formeller Beziehung die Parteienverhandlung über ihn in nicht öffentlicher Sitzung; die Verkündung des Beschlusses auf den Ausschluß in öffentlicher Verhandlung; in materieller Beziehung die Besorgnis („erscheint", § 172 Z. P. O.) der Gefährdung der (geschlechtlichen) Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung, einschließlich des Mißbrauches der Öffentlichkeit zur Störung der Verhandlung oder zur Erschwerung der Sachverhaltsdarstellung (Kollusionsgefahr!), oder endlich die Notwendigkeit der Erörterung[6]) von

---

[2]) A. M. die Fragenbeantwortung S. 37; sie hat zwar den Wortlaut des Gesetzes für, aber die ratio legis und das Wort „Zuhörer" sowie auch den § 339 Z. P. O. gegen sich.

[3]) Also auch für die ersten Tagsatzungen (§ 120 G. O.; Skedl I. S. 52; Demelius S. 333; Friedländer in G. Z. 1897 S. 136; Stroß S. 63; Schauer, Z. P. O. S. 456; a. M. Skumovic in G. Z. 1897 S. 119, weil die erste Tagsatzung nicht vor dem „erkennenden Gerichte" stattfinde); dagegen nicht für das vorbereitende Verfahren; ebensowenig für die Prozeßakten, in welche Dritte nur mit Zustimmung beider Prozeßparteien oder nach Bescheinigung ihres rechtlichen Interesses mit Erlaubnis des Gerichtsvorstehers Einsicht nehmen dürfen (§ 219 Abs. 2 Z. P. O.; § 323 G. O.).

[4]) Skedl a. a. O.; a. M. Ullmann S. 130. § 172 Z. P. O. spricht zu enge (a. M. v. Fürstl I. S. 264) nur vom „Urteil".

[5]) A. M. Demelius S. 334; v. Canstein S. 24; de lege ferenda mit Recht Friedmann S. 65 ff.

[6]) Im § 172 Z. P. O. heißt es sinnstörend (Stroß S. 63; a. M. Ullmann S. 62) statt „oder" „und bewiesen". Die ganze Bezugnahme auf den Beweis ist überflüssig; Gertscher in G. Z. 1893 Nr. 38; Friedmann S. 29.

Tatsachen des Familienlebens,[7]) sei es der Parteien, sei es Dritter,[8]) und zwar auch, wenn sie nicht Ärgernis erregender Art wären (§ 172 Z. P. O.). In den erstgenannten Fällen ist die Öffentlichkeit stets auszuschließen, in den Fällen, in denen das Familienleben zur Sprache kommt, nur nach dem Ermessen des Gerichtes, welches aber nicht erst dann zum Ausschlusse der Öffentlichkeit schreiten darf, wenn die Erörterung des Familienlebens in öffentlicher Verhandlung zu einer Erschwerung der Sachverhaltsdarstellung führen würde (arg. § 172 Abs. 1 Z. P. O.). Der Parteienverzicht auf die Öffentlichkeit ist, abweichend vom Entwurfe, nach dem Gesetze kein Grund, sie auszuschließen.

Die Wirkung des Ausschlusses ist das Verbot der Verlautbarung des Inhaltes[9]) der ganzen oder jenes Teiles der Verhandlung, für den die Öffentlichkeit ausgeschlossen wurde, und der Ausschluß des sonst zugelassenen Publikums (§§ 172, 174 Z. P. O.; § 309 Str. G.) bis auf die wirklich angestellten Richter, die Konzeptsbeamten der Staatsanwaltschaft und des Justizministeriums, die Advokaten[10]) und je drei Vertrauensmänner jeder Prozeßpartei[11]) (§ 174 Z. P. O.); auf diese letzten ist die Erlaubnis der Anwesenheit beschränkt, wenn der Ausschluß wegen der Erörterung von Tatsachen des Familienlebens erfolgt ist (§ 174 Abs. 2 Z. P. O.). Die Öffentlichkeit für die Parteien und deren Bevollmächtigte bleibt in allen Fällen aufrecht (§ 174 Abs. 1 Z. P. O.).

Der Beschluß über die Frage des Ausschlusses der Öffentlichkeit darf — nach der Sachlage mit Grund — mit keinem abgesonderten Rechtsmittel angefochten werden (§ 173 Z. P. O.); ist aber die Öffentlichkeit zu Unrecht ausgeschlossen worden,[12]) so ist die Verhandlung nichtig (§ 477 Z. 7 Z. P. O.); die Nichtigkeit wird freilich durch die Rechtskraft der Entscheidung über den Anspruch selbst saniert (§ 529 Z. P. O.).

§ 87. Zeitbestimmungen.[1])

I. Solche sind sowohl für das Gericht als auch für die Parteien erforderlich. Für das Gericht muß im allgemeinen festgesetzt werden, zu welchen Zeiten, an welchen Tagen, zu welchen Stunden es amtiert. Für die Parteien muß bestimmt werden, zu welchen Zeiten sie ihre Prozeßhandlungen setzen dürfen oder müssen (S. 401); diese Zeitbestimmungen zerfallen in Tagsatzungen, bei denen vor Gericht unter gleichzeitiger An-

[7]) Dieser Ausschließungsgrund darf nur auf Antrag benutzt werden (§ 172 Z. P. O.).

[8]) Friedmann a. a. O. S. 39.

[9]) Nicht auch des, sei es auch vorbehaltenen (§ 415 Z. P. O.) Urteiles.

[10]) Nicht auch Notare, da sie im § 174 Z. P. O. nicht genannt sind und sich nicht ständig mit der Parteienvertretung in Zivilprozeßsachen zu befassen haben.

[11]) Bei einer formellen Streitgenossenschaft drei für jeden Streitgenossen, bei der einheitlichen drei für die Partei; teilweise a. M. Fragenbeantwortung S. 38.

[12]) Nicht auch, wenn sie zu Unrecht zugelassen wurde.

[1]) Klein, Vorlesungen S. 58 ff.; Ullmann S. 47 ff.

wesenheit der Prozeßparteien[2]) Prozeßhandlungen gesetzt werden sollen, und Fristen, das sind Zeiträume, innerhalb welcher die Partei (ein Nebenintervenient ꝛc.; siehe § 89 II) Prozeßhandlungen ordnungsgemäß vornehmen darf; in einer oder mehreren Tagsatzungen und Fristen spielt sich jeder Prozeß ab. Jede Zeitbestimmung verlangt die Vornahme der Prozeßhandlung vor dem Zeitablaufe, falls die Parteiprozeßhandlung überhaupt gesetzt werden soll;[3]) die regelmäßig, wenn auch nicht ausnahmslos von dem Gesetze gezogene Konsequenz dieses Gedankens führt dann dahin, daß verspätet gesetzte Parteihandlungen wie nicht gesetzte behandelt werden, daß sie, obschon gesetzt, keine rechtliche Bedeutung haben.

Damit ist auf die Bedeutung des Problems hingewiesen, wie die Zeitbestimmungen für die Parteihandlungen zu treffen sind. Jede Zeitbestimmung für Parteihandlungen ist eine Gefährdung des Gerechtigkeitszweckes, da sie sachlich begründete Handlungen unter Umständen wegen ihrer Verspätung zurückweisen muß; andererseits sind mangelnde oder solche Zeitbestimmungen, welche folgenlos verletzt werden können, eine außerordentliche Gefahr für die Rechtssicherheit und Rechtsordnung, eine Beförderung der Prozeßschikane (§ 82). Sie verlängern und verwirren den einzelnen Prozeß, schädigen damit auch die Sachverhaltsermittlung, da der Lauf der Zeit das Erinnerungsvermögen der Parteien und Zeugen vermindert; sie hemmen im mündlichen Prozesse auch die anderen Prozesse, da jede Tagsatzung vor dem Gerichte sich abspielt und in aller Regel[4]) die eine jede andere zeitlich ausschließt: entfällt nun die eine, so kann doch die andere bereits angeordnete nicht mehr an ihre Stelle treten und ist unnütz durch jene aufgehalten worden.

Der Gesetzgebung stehen drei Hauptsysteme offen, um das Problem zu lösen, wie die Zeitbestimmungen zu treffen seien, ohne die Gerechtigkeit und ohne die Schnelligkeit der Entscheidung zu gefährden: jenes des Gesetzes-, jenes des Gerichts-, jenes des Parteibetriebes. Bei dem ersten enthält das Gesetz fixe Zeitbestimmungen, bei dem zweiten trifft sie unter Ausschluß der Parteien das Gericht innerhalb gewisser gesetzlicher Grenzen, bei dem dritten normieren sie unter Ausschluß des Gerichtes die Parteien; Vermittlungssysteme lassen sich auch noch denken. Sie sind aber sicherlich ebenso verwerflich als jenes des Gesetzesbetriebes. Denn ist dieses zu starr, ermöglicht es keine Individualisierung und muß darum entweder so weite Zeitbestimmungen setzen, daß die Mehrzahl der Prozesse sie nicht braucht, oder muß es durch allzu enge die Gerechtigkeit gefährden — so ist andererseits hier das System der Kooperation des Gerichtes mit der Partei mit seiner Teilung der Verantwortlichkeit für die Dauer der Prozesse zwischen den Genannten nur geeignet, jeden des Gefühles der Verantwortlichkeit und damit auch der Sorge zu entlasten, wie man ihr entgehen könne. So bleibt denn nur die Wahl zwischen Parteibetrieb und

[2]) Oder ihrer Vertreter, §§ 5, 39 Z. P. O.

[3]) Ein Zwang hiezu wird nicht geübt; siehe § 93.

[4]) Ausnahmen: die ersten Tagsatzungen, § 116 G. O.; vereinigte Verhandlungen, § 187 Z. P. O.

Gerichtsbetrieb, von denen die deutsche Zivilprozeßordnung den ersten, die österreichische den zweiten gewählt hat.

In der Theorie besteht Einigkeit dahin, daß der Parteibetrieb den Prozeß verlangsame, der Prozeßbetrieb ihn ohne Schaden für die Güte der Entscheidung beschleunige;[5]) nur beispielsweise seien die Namen Otto Fischer, Klein, Neukamp, Richard Schmidt, Konrad Schneider, Schwartz, Friedrich Stein, Vierhaus, Wach genannt; Widerspruch ist literarisch kaum[6]) laut geworden.[7]) Dagegen hat allerdings der in Berlin tagende 26. deutsche Juristentag vernehmlich verkündet, er halte am Parteibetriebe fest. Man wird diesem Beschlusse, der vielleicht durch das Überwiegen der Rechtsanwälte in der Versammlung seine Erklärung findet, kein allzu großes Gewicht beilegen dürfen. Denn die Erfahrungen der drei großen Prozeßsysteme mit Parteibetrieb, des gemeinrechtlichen einschließlich des früheren österreichischen, des französischen und des deutschen,[8]) sprechen trotz aller Proteste eine zu beredte Sprache; alle diese Prozesse waren langsam und wurden mit der Zeit immer langsamer. Und daß das kein Nachteil sei, wenn z. B. in Köln zwanzig Prozent der Prozesse drei Jahre dauern würden, wie ein deutscher Rechtsanwalt schriftlich dem Juristentage mitteilte, das wird man nicht ernst zu nehmen brauchen. Freilich wäre es an sich denkbar, daß diese Langsamkeit der Prozesse in etwas anderem als im Parteibetriebe ihren Grund habe; aber es ist niemandem gelungen, einen anderen gemeinsamen Grund für die drei Prozeßsysteme oder auch nur getrennte hinreichende Motive für die Langsamkeit dieser Prozesse zu finden. Hält man dem nun noch entgegen, daß der österreichische Prozeß mit Gerichtsbetrieb ein schneller ist,[9]) so erscheint die Schlußfolgerung zwingend, daß er es wegen des Gerichtsbetriebes ist.

Diesem Ergebnisse kann man zweierlei entgegenstellen: die Schnelligkeit gefährde die Gründlichkeit und sie gefährde die Parteiinteressen. Das erste Argument beruht auf dem Irrtume, als ob der Gerichtsbetrieb bedeute, daß schnell verhandelt werden solle; er bedeutet aber nur, daß es schnell zur Verhandlung kommen solle, also z. B. bei der ersten oder zweiten Tagsatzung, nicht erst bei der zwölften; die Verhandlung selbst wird von dem hier erörterten Teile des Grundsatzes vom Gerichtsbetriebe überhaupt nicht getroffen, kann sich so gründlich als möglich abspielen, wird sogar wegen der zeitlichen Nähe der zu ermittelnden Ereignisse leicht eine verläßlichere Sachverhaltsermittlung bringen als jene einer späteren Tagsatzung. Und das zweite Argument, jenes der Gefährdung der Partei-

---

[5]) Streit besteht nur über das Quantum des Gerichtsbetriebes und über Details.

[6]) Erst seitdem das Problem auf die Tagesordnung des deutschen Juristentages gesetzt war, meldeten sich — nicht aus der Mitte der Theoretiker — Stimmen namentlich, wenn auch nicht ausschließlich von Anwälten zu Gunsten des Parteibetriebes.

[7]) Streit besteht dagegen bei der Frage nach dem Betriebe bei der Stoffsammlung.

[8]) Ob der deutsche Prozeß überall langsam ist, darauf kommt es nicht an; jedenfalls ist er es in großen Gebietsteilen.

[9]) Schon in erster Instanz, was manche deutsche Kritiker übersehen.

interessen, ist noch viel bedenklicherer Art. Gewöhnlich faßt man es dahin, das Gericht könne nicht beurteilen, wann der Partei die Verlangsamung des Prozesses gut oder nottue, es kenne ja deren Gründe nicht. Daraus würde nun zunächst nur folgen, daß diese Gründe dem Gerichte mitzuteilen seien; dann würde es entscheidungsfähig sein. Dann ist dabei übersehen, daß jeder Prozeß die anderen verlangsamt, und daß keiner Partei das Recht zugestanden werden kann, anderer Leute Prozesse zu verlangsamen. Endlich aber ist es eine durch keinen Widerspruch zu beseitigende Erfahrung, daß die Verlangsamung der Prozesse nur in einem Teil der Fälle durch die Parteien, im anderen durch deren Vertreter herbeigeführt wird, und daß in den wenigsten Fällen ein ernstliches, schutzwürdiges Parteiinteresse am langsamen Prozesse im Spiele ist. Deshalb braucht man nicht gleich anzunehmen, daß in der Mehrzahl der Fälle die Prozeßverlängerung eine schikanöse, böswillige sei; es reicht zur Verwerfung des Systems des Parteibetriebes hin, daß sie eine fahrlässige oder geduldete oder daß sie eine Folge mangelnder Prozeßenergie ist.

Auf ein drittes Argument, das hie und da sich vernehmen läßt: der Gerichtsbetrieb sei ein Mißtrauensvotum gegen den Advokatenstand, braucht nicht näher eingegangen zu werden: welcher Stand hätte das Recht, sich der Kontrolle zu entziehen?

II. Die Zivilprozeßordnung hat für die Zeitbestimmung der Parteihandlungen den Grundsatz des Gerichtsbetriebes angenommen: der Angreifer bringt das Verfahren in Gang;[10]) Tagsatzungen und Fristen sowie deren Vertagung und Verlängerung bestimmt aber das Gericht. Nur ausnahmsweise geht das Gesetz von diesen Grundsätzen ab, indem es Gesetzesbetrieb (z. B. bei den Rechtsmittelfristen) oder Parteibetrieb (z. B. bei Fristverkürzungen) festsetzt.

§ 88. Die Gerichtszeit.[1])

I. Grundsätzlich tagt das Gericht das ganze Jahr hindurch; nur das Reichsgericht intermittiert. Mit dieser Ausnahme hat die in früheren Jahrhunderten häufige Erscheinung der nur zu bestimmten Zeiten, Sessionen zusammentretenden Zivilgerichte aufgehört; es ist somit jede Zeit im Jahre zur Bestimmung von Tagsatzungen und Fristen geeignet.

Von diesen Sätzen gibt es Ausnahmen:

a) Die Sonn- und Feiertagsruhe (§ 221 Z. P. O.). An Sonntagen und am Weihnachtstage dürfen Tagsatzungen überhaupt nicht, an den anderen im § 44 G. O. aufgezählten Feiertagen nur in dringenden Fällen abgehalten werden (§ 221 Z. P. O.); auf eine Parteirüge ist demnach die etwa vorschriftswidrig angeordnete Tagsatzung zu verlegen (§ 134 Z. 4 Z. P. O.); die abgehaltene Tagsatzung ist freilich nicht nichtig, da durch

[10]) In der Regel, aber nicht immer (siehe z. B. die Rechtsmittelklagen, §§ 529, 530 u. f. f.) ohne die Bindung an Prozeßfristen.

[1]) Um der Übersicht willen werden auch die Gerichtshandlungen miterörtert.

den wenn auch gesetzwidrigen Vorgang keiner Partei die „Möglichkeit", zu verhandeln, entzogen wurde[2]) (§ 477 Z. P. O.). Zustellungen dürfen an Sonn- und Feiertagen nur durch die Post oder mit einer besonderen schriftlichen richterlichen[3]) Erlaubnis erfolgen (§ 100 Z. P. O.), Vollstreckungshandlungen nur in dringenden Fällen mit besonderer gerichtlicher[4]) Erlaubnis (§ 30 E. O.). Durch diese Normen wird Rücksicht auf die religiösen Gefühle der überwiegenden Mehrheit des Publikums genommen.

b) Die Gerichtsferien[5]) dagegen nehmen keine Rücksicht auf das Publikum, sondern nur eine solche auf das Gericht. Das war nicht immer so. Ursprünglich spielten religiöse, gleichmäßig auf die Richter wie auf die Parteien anwendbare Erwägungen bei der Einrichtung der feriae eine Rolle; dann traten Rücksichten auf die Ernte-, die Weinlesezeit, also namentlich auf die Landbevölkerung dazu; das erste Moment bestimmt noch die allgemeine Gerichtsordnung (§ 376 a. G. O.), das zweite das gemeine,[6]) zum Teile noch das deutsche[7]) Zivilprozeßrecht, beide die westgalizische Gerichtsordnung (§ 499 W. G. O.). Derzeit ist es in Österreich lediglich die Rücksichtnahme auf die Gerichtspersonen,[8]) welcher die Institution der Gerichtsferien ihre Existenz verdankt; diesen soll hiedurch auf Kosten des rechtsuchenden Publikums die dringend nötige Erholungszeit und die Möglichkeit zu Urlauben geboten werden. Das wird dadurch bewirkt, daß während der sechswöchigen (§ 222 Z. P. O.) Gerichtsferien (das ist derzeit vom 15. Juli bis 25. August) zwar kein Gerichtsstillstand, aber eine erhebliche Verringerung der Gerichtstätigkeit erfolgt. „Während der Gerichtsferien werden nur in Ferialsachen Tagsatzungen abgehalten und Entscheidungen erlassen" (§ 223 Z. P. O.); für die Nichtferialsachen wird auch der Lauf aller Fristen mit Ausnahme der Notfristen[9]) gehemmt (§ 225 Z. P. O.). Die Gerichtstätigkeit während der Gerichtsferien besteht also nur:

in der ordnungsmäßigen Verhandlung aller Ferialsachen; solche sind von den Zivilprozeßsachen[10]) die Exekutions- und Sicherungs-, die Wechsel-, Besitzstörungs-, Bestandsachen (§ 560 Z. P. O.) und die Prozesse über die Fortsetzung eines angefangenen Baues, über die Lohnansprüche

---

[2]) Das Ergebnis befriedigt, da die Partei ja stets die Vertagung vor der Tagsatzung verlangen kann.

[3]) Die Einzelrichter des Bezirksgerichtes dürfen sie mit Ausnahme des Gerichtsvorstehers nicht geben (§ 100 Z. P. O.).

[4]) Nur der Gerichtsvorsteher darf sie geben (§ 30 E. O.).

[5]) Beißer, Gerichtsferien und Ferialsenat (G. Z. 1901 S. 305 ff.).

[6]) Renaud, Lehrbuch S. 211; Stein, Zivilprozeßrecht (in Birkmeyers Enzyklopädie) S. 1127.

[7]) R. Schmidt S. 317; a. M. Stein S. 1127.

[8]) Beißer a. a. O. S. 305; Demelius S. 378.

[9]) Ebenso der Paritionsfristen.

[10]) Außer diesen noch: Mahn-, Konkurs-, Grundbuchssachen und dringende Angelegenheiten des sonstigen Verfahrens außer Streitsachen (§ 223 Z. P. O.; Art. XXXVI Einf. Ges. zur Z. P. O.); Straffachen (Art. XXXVI Einf. Ges. zur Z. P. O.).

des § 49 Z. 6 J. N., vor welchem Gerichte immer sie zu verhandeln sind, über Ansprüche ex recepto cauponum, nautarum, stabulariorum und alle Bagatellsachen, endlich die vom Gerichtsvorsteher oder Senatsvorsitzenden[11]) — wegen ihrer Dringlichkeit — von Fall zu Fall ausdrücklich (ganz oder zum Teile) zur Ferialsache erhobenen Prozesse. Gegen diese Erklärung zur Ferialsache gibt es kein Rechtsmittel, wohl aber gegen ihre Versagung;[12]) der Rekurs muß dann sinngemäß als Ferialsache behandelt werden;

in der Erlassung prozeßleitender Verfügungen in Nichtferialsachen;[13]) denn § 223 Z. P. O. untersagt nur „Entscheidungen" in denselben, während die Zivilprozeßordnung neben diesen noch prozeßleitende Verfügungen („Anordnungen") kennt (§§ 229, 257, 425 Z. P. O.). Die letzteren haben also auch in den Gerichtsferien zu ergehen, und das ist auch sachgemäß, weil anderenfalls das Gericht auch nach dem Ablaufe der Gerichtsferien noch eine beträchtliche Zeit nicht zur ordentlichen Tätigkeit käme. Zu den prozeßleitenden Verfügungen gehören beispielsweise die Anordnung von Tagsatzungen, die Behebung von Formgebrechen nach § 84 Z. P. O., die Herbeischaffung von Urkunden nach § 183 Z. P. O.; dagegen nicht die Klagabweisung a limine iudicii.

Auf die Einhaltung der Gerichtsferien darf die Partei durch die Rüge (§ 196 Z. P. O.) dringen; unterläßt sie dies, so ist der Mangel derart saniert, daß sie ihn nicht, namentlich nicht als einen Nichtigkeitsgrund geltend machen kann[14]) (arg. § 224 letzter Satz Z. P. O.). Es kann darum auch das Versäumnisverfahren stattfinden.

c) Gerichtsstillstand (§ 161 Z. P. O.) infolge eines Krieges oder eines „anderen Ereignisses", welches, wie die Pest, eine heftig wütende Cholera, die Fortsetzung der gerichtlichen Tätigkeit der Allgemeinheit gefährlich erscheinen ließe. Damit ein solcher Gerichtsstillstand eintrete, bedarf es nicht immer einer ausdrücklichen Erklärung desselben; auch die tatsächliche Einstellung der gerichtlichen Tätigkeit aus einem der genannten Gründe ist ein Gerichtsstillstand. Seine Wirkung ist die ex lege eintretende, für den Fristenlauf[15]) und die Verjährung unschädliche Einstellung jeder gerichtlichen Tätigkeit, also die Unterbrechung jedes Erkenntnisverfahrens, die Hemmung jedes Sicherungs- und Exekutionsverfahrens (arg. § 161 Z. P. O.). Fällt das „Hindernis" der Gerichtstätigkeit weg, so hat das Gericht auch ohne eine administrative Weisung seine Tätigkeit von Amts wegen, im streithängigen Erkenntnisverfahren aber nur auf Antrag wieder aufzunehmen (§§ 161, 164 Z. P. O.).

[11]) Nicht auch vom Einzelrichter des Bezirksgerichtes; denn § 431 Z. P. O. überträgt ihnen die Befugnisse des Vorsitzenden „des zweiten Teiles" der Zivilprozeßordnung, während die § 222 ff. Z. P. O. im dritten Teile stehen.

[12]) Neumann, Komm. I. S. 523; a. M. Pfaff-Schey Nr. 347.

[13]) A. M. Beißer a. a. O. S. 306 f. gegen die herrschende Praxis.

[14]) A. M. Demelius S. 379; Neumann, Komm. I. S. 524; Wachtel S. 209.

[15]) Auch die einjährige Frist des § 256 Abs. 2 E. O. muß sinngemäß während des Gerichtsstillstandes gehemmt sein.

§ 89. Tagsatzungen und Fristen.

I. Tagsatzungen (Tagfahrten, Termine) sind Zeitpunkte, zu denen vor Gericht und unter gerichtlicher Intervention bei Anwesenheit einer oder beider Prozeßparteien[1]) Prozeßhandlungen gesetzt werden sollen, mögen es solche der Parteien, des Gerichtes oder Dritter sein. Die Tagsatzungen dienen zu mündlichen Verhandlungen, zu Beweisaufnahmen (§§ 254, 289 Z. P. O.), zu Versteigerungen (§§ 169, 340 E. O.), und auch — trotz der Terminologie des Gesetzes — zur Einvernehmung einer oder beider Parteien (siehe z. B. §§ 175, 254, 308 Z. P. O.; §§ 55, 56 E. O.). Die häufigste Verwendung der Tagsatzungen ist jene zu mündlichen Verhandlungen; solche sind zur Vornahme mündlicher kontradiktorischer Prozeßhandlungen der Parteien (wenn auch nicht bloß der Parteien) bestimmt. Sie zerfallen im Erkenntnisverfahren in erste Tagsatzungen, mündliche Streitverhandlungen und mündliche Verhandlungen im engeren Sinne (§§ 149, 237, 250, 251, 308 Abs. 2 Z. P. O.); die mündlichen Verhandlungen des Exekutions- und Sicherungsverfahrens erfahren keine Einteilung. Von jenen des Erkenntnisverfahrens hat die an die frühere österreichische Praxis anknüpfende wertvolle Institution der ersten Tagsatzung den Zweck, die „Rechtsstreitigkeiten" von den unstreitig bleibenden, durch ein Versäumnis-, Verzichts-, Anerkenntnisurteil oder einen Vergleich zu erledigenden Sachen abzuscheiden, diese zu erledigen und jene dann bis zu einem gewissen Grade vorzubereiten (§ 239 Z. P. O.); die mündliche Streitverhandlung dient bestimmungsgemäß der Schaffung der Urteilsgrundlage für diese streitig gebliebenen oder gewordenen Rechtssachen. Die mündlichen Verhandlungen zerfallen nach einem anderen Einteilungsgrunde in obligatorische und fakultative; wo zur Entscheidungsvorbereitung eine mündliche Verhandlung obligatorisch vorgeschrieben ist, darf die Entscheidung bei sonstiger Nichtigkeit (§ 477 Z. 4 Z. P. O.) nicht ohne eine vorhergehende mündliche Verhandlung gefällt werden; eine solche obligatorische Vorschrift besteht für die Urteilsfällung (§ 412 Z. P. O.) und für manche Beschlußfassungen (z. B. § 237 Z. P. O.; § 45 E. O.).

Da die Tagsatzung zu Prozeßhandlungen vor Gericht bestimmt ist, muß sie derart eingerichtet sein, daß dem Gerichte und den an der Tagsatzung beteiligten Personen die Teilnahme an derselben ermöglicht werde. Für das Gericht ergibt sich daraus die regelmäßige (Ausnahme: die ersten Tagsatzungen; § 116 G. O., vereinigte Verhandlungen, § 187 Z. P. O.) Notwendigkeit, für jede Tagsatzung eine nur für sie bestimmte Zeit festzusetzen; für die beteiligten Personen die Notwendigkeit, von der Ladung zur Tagsatzung ordnungsgemäß verständigt zu werden (§§ 87 ff. Z. P. O.), und zwar zu solcher Zeit, daß sie nicht nur zur Tagsatzung erscheinen, sondern auch zu derselben sich vorbereiten können; auch soll es wenn tunlich vermieden werden, daß eine solche Ladung in das Privatleben des Geladenen allzu empfindlich eingreife. Im allgemeinen ist die Würdigung

[1]) Und etwaiger Nebenintervenienten und Beteiligter.

dieser Momente dem Gerichte überlassen;[2]) ausnahmsweise enthält das Gesetz Normen. Beispiele: der Versteigerungstermin ist auf ein bis zwei Monate hinaus bei unbeweglichen Sachen (§ 169 E. O.), bei beweglichen Sachen frühestens auf drei Wochen nach der Pfändung anzuberaumen (§§ 273 [der auch eine Ausnahme enthält], 318, 332 E. O.). Die Ladung zur ersten Tagsatzung soll vierzehn Tage (§§ 231, 431 Z. P. O.), jene zur mündlichen Streitverhandlung acht Tage[3]) vor der Tagsatzung den Parteien zugestellt sein (§ 257 Z. P. O.); doch sind das nur instruktionelle Normen, deren Verletzung von der Partei zwar gerügt (§ 196 Z. P. O.), aber nicht mit abgesondertem Rekurs angefochten werden darf (§ 130 Z. P. O.); für dringende Fälle ist die Verkürzung dieser Vorbereitungszeit bis auf Stunden wenigstens im bezirksgerichtlichen Verfahren sogar ausdrücklich zugelassen (§ 436 Z. P. O.).

Die Anberaumung einer Tagsatzung erfolgt in der Regel auf Antrag, immer durch eine gerichtliche Anordnung, niemals durch eine Parteienvereinbarung; auch kommt dem Antrage beider Parteien nicht mehr Bedeutung zu als jenem einer Partei (§ 134 Z. P. O.). Dieselben Regeln gelten für die Erstreckungen, das ist für die Anordnung von Fortsetzungen einer Tagsatzung. Sie sollen gleichmäßig aus Rücksichten der Konzentration der einzelnen Verhandlung als aus solchen auf die gleichzeitigen Prozesse möglichst vermieden werden, und da die Erfahrung dies als unerreichbar erwiesen hat, wenn die Erstreckungen den Parteien, sei es auch nur gemeinsam, überlassen werden, so sind sie ausschließlich dem Gerichte anheimgegeben.[4]) Dieses darf überdies eine solche nur[5]) aus einem der folgenden Gründe aussprechen: a) wegen Verhinderung des Gerichtes aus wichtigen Gründen (§ 134 Z. 2 Z. P. O.); b) wegen Verhinderung der Partei, zu erscheinen[6]) oder zu verhandeln (§§ 134 Z. 1, 402 Z. 2 Z. P. O.), z. B. weil sie in letzter Stunde erkrankt oder von dem ihr unbekannten gegnerischen Prozeßmateriale zu spät in Kenntnis gesetzt wird (§ 139 Z. P. O.). Nur unübersteigliche (also von der Partei nicht behebbare) oder doch sehr erhebliche Hindernisse können diesen Erstreckungsgrund bilden, und auch diese nur dann, wenn als die Folge der Erstreckungsversagung die Partei von der

[2]) Klein, Vorlesungen S. 58 ff.

[3]) Findet vor dem Bezirksgerichte keine erste Tagsatzung statt, dann nach Analogie des § 231 Z. P. O. vierzehn Tage. Vor dem Gewerbegerichte soll die erste Tagsatzung „auf einen der nächsten drei Tage nach Überreichung der Klage" angeordnet werden (§ 26 Gew. Ger. Ges.).

[4]) Klein, Pro futuro S. 81 ff.; Schneider, Der Mißstand der überreichlichen Terminserstreckungen (1901); R. Pollak, Konzentration der mündlichen Streitverhandlung (G. Z. 1900 Nr. 26 ff.); Gutachten von Wach und Neukamp für den 26. dtsch. Juristentag.

[5]) Daher sind keine Vertagungsgründe: der einverständliche Parteiantrag (§ 135 Z. P. O.); die Vergleichsverhandlung (§ 204 Z. P. O., Neumann, Komm. I. S. 499), die Zuziehung des Nebenintervenienten (§ 18 Z. P. O.), die Streitverkündung (§ 21 Z. P. O.). Eine selbständige Regelung haben die §§ 73 Z. P. O., 164 E. O. gefunden.

[6]) Die Zustellung der Ladung entscheidet, nicht der Zustellungsausweis; der Wortlaut des § 402 Z. 1 Z. P. O. sagt das letztere a potiori; Kornitzer in G. Z. 1899 S. 382; a. M. Wilhelm in G. Z. 1900 S. 236. Siehe S. 466.

Vornahme jener Prozeßhandlung ausgeschlossen ist, zu welcher gerade diese Tagsatzung bestimmt war; das letztere allein, ohne ein sehr erhebliches Hindernis bildet trotz des sinnstörenden Wortes „insbesondere“[7]) im § 134 Z. 1 Z. P. O. keinen Erstreckungsgrund; c) wegen der Notwendigkeit der Herbeischaffung von bestimmten Beweismitteln, wenn diese nicht sofort möglich ist (§ 134 Z. 3 Z. P. O.); d) wegen der Unmöglichkeit, aus irgend einem rechtlichen oder tatsächlichen Grunde die Verhandlung bei der Tagsatzung zu Ende zu führen (§ 134 Z. 4 Z. P. O.), z. B. in den Fällen der §§ 185, 200, 254, 379 Z. P. O. Ob die Erstreckungsgründe vorhanden sind, prüft das Gericht — ohne Beweis, jedoch auf Grund von Bescheinigung, nicht auch von Geständnis — von Amts wegen (§§ 134, 135 Z. P. O.). Gegen die Versagung der Erstreckung steht der Rekurs offen, gegen ihre Bewilligung nur dann, wenn sie auf mehr als vier Wochen erfolgt, oder wenn dieselbe Tagsatzung mehr als einmal erstreckt wird; im Erkenntnisverfahren steht darum gegen die zweite Erstreckung der mündlichen Streitverhandlung der Rekurs trotz des engen Wortlautes des § 141 Z. P. O. ohne Rücksicht darauf offen,[8]) ob die Erstreckung auf Antrag oder von Amts wegen angeordnet wurde.

Die Verhandlung bei der Tagsatzung steht wie das Erscheinen bei derselben Parteien, Nebenintervenienten und Beteiligten frei, wird aber nicht erzwungen[9]) (Ausnahmen: S. 465). An das Nichterscheinen oder Nichtverhandeln knüpfen sich jedoch für Partei und Beteiligte empfindliche Versäumnisfolgen, deren Eintritt darum an das sinnfällige Moment geknüpft ist, daß die geladene Partei (oder für sie der Nebenintervenient) oder der Beteiligte durch den gerichtlichen Aufruf vom Beginne der Tagsatzung verständigt wurde und sich dennoch bis zum Schlusse der Verhandlung[10]) nicht an derselben beteiligte (§ 145 Abs. 2 Z. P. O.). Die Säumnisfolgen treten trotzdem nicht ein, wenn der Geladene offenkundigerweise durch vis maior am Erscheinen oder Verhandeln verhindert ist (§ 402 Z. 2 Z. P. O.); sie werden behoben, wenn ein begründeter Wiedereinsetzungsantrag gestellt wird.

II. Fristen sind Zeiträume, innerhalb welcher das Gericht, eine Partei, ein Nebenintervenient, Beteiligter oder Sachverständiger eine Prozeßhandlung ordnungsgemäß vornehmen darf; die Fristen für das Gericht und die Sachverständigen scheiden hier aus; für die übrigen gilt folgendes:

---

[7]) Ullmann S. 47; Neumann, Komm. I. S. 394; a. M. v. Canstein S. 28; Demelius S. 298. Das Wort „insbesondere“ verdankt anscheinend (Materialien I. S. 847) seine Aufnahme in das Gesetz dem Mißverständnisse des Ausschusses, daß der unbehebbare Schade der Partei ein Fall ihrer Verhinderung sei, während er doch nur ihre Wirkung sein kann.

[8]) § 141 Z. P. O. ließe auch eine andere Interpretation zu; die im Texte angenommene entspricht dem Grundgedanken des Gesetzes, Erstreckungen möglichst zu vermeiden.

[9]) Anders bei Zeugen (§ 333 Z. P. O.) und Sachverständigen (§ 345 Z. P. O.).

[10]) Wachtel S. 124; a. M. Demelius S. 302.

Die Fristen müssen von den Tagsatzungen und von den Fristen des bürgerlichen Rechtes abgegrenzt werden. Von den Tagsatzungen unterscheidet sie derzeit nicht so sehr der Umstand, daß bei diesen ein Zeitpunkt, bei den Fristen ein Zeitraum zur Prozeßhandlung offen steht, als daß die Frist stets zum Alleinhandeln, die Tagsatzung zum gemeinschaftlichen Handeln, ferner dadurch, daß jene immer zum schriftlichen Handeln, diese zum mündlichen Verhandeln bestimmt sind. Von den Fristen des bürgerlichen Rechtes scheiden sich jene des Prozeßrechtes durch den Zweck ab: jene dienen zur Wahrung von Privatrechten, diese zur Wahrung von Prozeßrechten oder prozessualen Vorteilen; der Gegensatz wird deutlich, wenn wir an die Verjährungsfristen des Leistungsanspruches und an die Prozeßfristen der Nichtigkeitsklage (§ 534 Z. P. O.) denken. Wegen dieser Verschiedenheiten finden weder die Berechnungsnormen des bürgerlichen Rechtes noch die Sätze über die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung[11]) auf die Prozeßfristen Anwendung und ebensowenig die §§ 123 ff. Z. P. O. auf jene des bürgerlichen Rechtes. Mit diesen Erwägungen stehen anscheinend die §§ 123 ff. Z. P. O. im Widerspruche, welche Geltung der Zivilprozeßordnung in Anspruch nehmen für alle „Fristen zur Vornahme von Prozeßhandlungen".[12]) Nun ist einerseits jede Klage eine Prozeßhandlung, andererseits die freiwillige Urteilserfüllung gewiß keine solche, und man hätte demnach auf die Klagfristen z. B. die Berechnung nach § 125 Z. P. O. anzuwenden, auf die Paritionsfrist des Urteiles aber nicht. Daß die Zivilprozeßordnung die Paritionsfristen dennoch hinsichtlich ihrer Berechnung sich unterwerfen will, folgt arg. §§ 550, 558 (verbo: „Notfrist") Z. P. O.;[13]) für die Klagen aber wird man trotz des Wortlautes des § 123 Z. P. O. sachgemäß unterscheiden müssen: Leistungs-, Feststellungs- und Rechtsgestaltungsklagen mit Ausnahme der Rechtsmittelklagen (S. 7) empfangen ihre Fristnormen nach bürgerlichem Rechte, und zwar auch dann, wenn das Maß der Frist, wie bei der Besitzstörungsklage[14]) (§ 454 Z. P. O.), der Aufkündigung des Bestandvertrages[15]) (§ 534 Z. P. O.) in der Zivilprozeßordnung enthalten ist — der Ort der Norm kann da nicht entscheiden; Rechtsmittelklagen, wie sie z. B. die §§ 529, 530 Z. P. O., 231 E. O. kennen, richten sich dieser ihrer Natur wegen nach dem Prozeßrechte.[16])

Im folgenden ist nur von den Prozeßfristen der Parteien die Rede.

---

[11]) Ob diese Sätze auch auf die Präklusivfristen des Privatrechtes Anwendung finden, muß hier dahingestellt bleiben; vergl. Grawein, Verjährung und Befristung; Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse S. 160 ff.

[12]) Zu ihnen zählt die Erklärungsfrist des § 171 Abs. 2 E. O., aber jene des § 301 E. O. nicht; vergl. Petschek, Zwangsvollstreckung in Forderungen I. S. 335 ff.; a. M. Weißkopf, Die Erklärungspflicht S. 36 f.

[13]) A. M. Ullmann S. 47; Trutter S. 201. Über die Fristen der §§ 355 f. E. O. siehe später; vergl. Wendt a. a. O. S. 14 f., 97 ff.

[14]) Über ihre Natur siehe v. Canstein, Heyßler, Randa in Grünhuts Zeitschr. VI., VII.

[15]) Siehe Pfaff-Schey Nr. 30, 790 (?), 1089 (lehnt mit Recht die Abrechnung des Postenlaufes ab).

[16]) A. M. Ullmann S. 47; zweifelhaft Wachtel S. 120.

Das gemeine Prozeßrecht[17]) teilte sie in peremptorische und dilatorische Fristen ein, je nachdem ihr Ablauf von der Vornahme der befristeten Prozeßhandlung ausschloß oder nicht. Die Einteilung war schon der allgemeinen Gerichtsordnung und ist dem heutigen Prozeßrechte mit Recht fremd; sie gefährdet die Konzentration der Verhandlung. Alle Fristen sind demnach peremptorische;[18]) sie verlieren ihre Natur als solche nicht dadurch, daß der Eintritt der Rechtsnachteile bisweilen noch von einem Antrage abhängig ist (§ 145 Z. P. O.). Sie zerfallen in gesetzliche und richterliche (deren Einführung auf die im Jahre 1306 erlassene Clem. Saepe de V. S. zurückgeht), je nachdem ihre Ausmessung, wie bei den Rechtsmittelfristen, vom Gesetze oder, wie bei den Fristen zur Reproduzierung (§ 84 Z. P. O.), zur Klagbeantwortung (§ 243 Z. P. O.), durch das Gericht[19]) für jeden einzelnen Fall erfolgt; die Zugehörigkeit einer Frist zu den richterlichen wird dadurch nicht alteriert, daß der Richter bei ihrer Ausmessung an Maxima oder Minima gebunden ist. Die gesetzlichen und die richterlichen Fristen zerfallen in erstreckbare und unerstreckbare; die meisten gesetzlichen (z. B. alle Rechtsmittelfristen) und die wenigsten richterlichen Fristen (z. B. §§ 37, 85 Z. P. O.; § 101 E. O.)[20]) sind unerstreckbar; für die gesetzlichen unerstreckbaren Fristen wird vom Gesetze bisweilen auch der terminus „Notfristen" verwendet (siehe einerseits z. B. §§ 128, 468, 507 Z. P. O., andererseits §§ 148, 464, 550 Z. P. O., 58 E. O.). Ihre Wirkungen sind außer der Unerstreckbarkeit, daß ihr Lauf zwar durch eine Unterbrechung, nicht aber durch das Ruhen des Verfahrens (§§ 163, 168 Z. P. O.), durch die Gerichtsferien (§ 225 Z. P. O.) oder eine Aufschiebung der Exekution — wegen deren ratio, trotz ihrer Verwandtschaft mit der Unterbrechung — unterbrochen, und nie gehemmt wird.

Stets steht die ganze Frist der Partei zur Vornahme der Prozeßhandlung zu Gebote; auch vor Beginn der Frist darf ex ratione legis trotz des nur den Normalfall bedenkenden § 124 Z. P. O. die Prozeßhandlung gesetzt werden,[21]) wenn dies nach der Sachlage möglich ist, also nie vor der gefällten, aber in der Regel schon nach der für das Gericht unabänderlich gefällten (§ 416 Z. P. O.; vergl. auch § 185 G. O.) Entscheidung, also z. B. bei der Berufung vor der Urteilszustellung, dagegen nicht bei der Nichtigkeitsklage vor der Rechtskraft des anzufechtenden

---

[17]) Renaud S. 216.

[18]) Demnach auch jene zur Klagbeantwortung.

[19]) Die Parteien dürfen Fristen vereinbarungsgemäß verkürzen (§ 129 Z. P. O.), aber nicht ausmessen oder verlängern.

[20]) A. M. für den Fall des § 101 E. O. Heller-Trenkwalder S. 112 Anm. 7; erstreckbar ist die Frist des § 6 Abs. 3 Z. P. O.; teilweise a. M. Schauer, Z. P. O. S. 423.

[21]) Überzeugend Beißer, Vorzeitig überreichte Rechtsmittel (G. H. 1899 S. 71 ff.); a. M. Karnert in G. H. 1899 S. 107 ff., der mit Unrecht § 416 Z. P. O. nur auf Urteile bezieht, und darum für Beschlüsse zu dem unhaltbaren Ergebnisse kommt, sie (alle) dürften bis zur Zustellung jederzeit abgeändert werden. Anders expresse § 516 dtsch. Z. P. O.

Urteiles; nach dem Fristablaufe dürfen nur jene Prozeßhandlungen noch bis zum Tage vor jenem der Antragstellung auf den Eintritt der Präklusionsfolgen gesetzt werden, bei denen das Gesetz diesen Antrag fordert (§ 145 Abs. 2 Z. P. O.).

Die Fristberechnung geschieht nach folgenden Grundsätzen: die Frist beginnt ihren Lauf am Tage nach dem sie auslösenden Ereignisse,[22]) also eine richterliche am Tage nach der Verkündung,[23]) bei anfechtbaren Fristbestimmungen nach jenem der Zustellung (§§ 124, 131, 426 Z. P. O.). Die Frist wird nach der Zivilkomputation, also nach vollen Tagen berechnet[24]) und ist darum eingehalten, wenn die schriftliche Prozeßhandlung am letzten Tage der Frist vor Mitternacht gesetzt, der Schriftsatz z. B. in dieser Zeit bei der Post aufgegeben wurde[25]) (§ 89 G. O. G.; § 125 Z. P. O.); Sonn- und Feiertage bei Beginn und während des Laufes der Frist werden mit-, die Tage der Unterbrechung des Verfahrens und (mit der Ausnahme bei Notfristen) jene des Ruhens des Verfahrens, der Gerichtsferien (§ 88) und der Aufschiebung der Exekution[26]) ebenso wie jene des wirklichen Postenlaufes dagegen nicht mitgerechnet[27]) (§ 89 G. O. G.), dies letztere hauptsächlich, um den nicht am Gerichtssitze domizilierenden Personen die volle Fristausnutzung zu ermöglichen. Fällt der letzte Fristtag auf einen Sonn- oder Feiertag, so endet die Frist am nächsten Werktage (§ 126 Z. P. O.). Ob der Partei in concreto auch alle dies utiles sind, ob ihr nicht z. B. durch Krankheit ein Teil der Frist ungenutzt verstrich, ist für die Fristberechnung einflußlos; die Fristen sind eben Zeiträume, die erfahrungsgemäß zur Vornahme der Prozeßhandlung ausreichen; trügt diese Erfahrung in concreto, so bleibt der Partei nur (wo zulässig) der Antrag auf die Fristerstreckung oder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, sonst nur der Verzicht auf die Vornahme der betreffenden Prozeßhandlung.

Der Fristerstreckung (Fristverlängerung) sind alle nicht ausdrücklich als unerstreckbar oder als Notfristen bezeichneten Fristen zugänglich. Sie dient der Individualisierung der Sache, erfolgt auf Antrag, jedoch ausschließlich dann, wenn die Person, der die Frist läuft, aus sehr erheblichen Gründen (vergl. § 6 Z. P. O.) an ihrer Wahrung verhindert

---

[22]) Bedenklich Pfaff-Schey Nr. 455 (den § 530 Z. 7 Z. P. O. betreffend); richtig Pfaff-Schey Nr. 1085 (das Urteil war berichtigt und neu zugestellt worden).

[23]) Zu allgemein Schauer, Z. P. O. ad § 124 Anm. 3.

[24]) Bei Monatsfristen korrespondiert der entsprechende, in dessen Ermanglung der letzte Monatstag (§ 125 Z. P. O.).

[25]) Judik. Buch Nr. 143; Schauer in G. Z. 1898 Nr. 40; Ullmann S. 47. — Pfaff-Schey Nr. 790; Z. E. Nr. 342 wollen — mit Unrecht — den § 89 G. O. G. auch auf privatrechtliche Zeitbestimmungen anwenden. Richtig lehnt Z. E. Nr. 158 die Anwendbarkeit des § 89 G. O. G. auf die Anmeldungen des Meistbotverteilungsverfahrens ab.

[26]) Wichtig für die einjährige Frist des § 256 E. O.; Z. E. Nr. 286.

[27]) Bei Unterbrechung und Ruhen fängt sogar die volle Frist nach Wegfall der Unterbrechung von neuem zu laufen an (§§ 163, 168 Z. P. O.).

ist und ohne ihre Verlängerung einen nicht wieder gutzumachenden Schaden erlitte (§ 128 Z. P. O.; siehe Anm. 7). Der Antrag hemmt den Fristenlauf nicht,[28]) seine Begründung ist von Amts wegen zu prüfen, dem Geständnis unzugänglich, bedarf dagegen nicht des Beweises, sondern nur der Bescheinigung. Wiederholte Verlängerungen derselben Frist sind, diese jedoch nur nach Einvernehmung des Gegners zulässig (§ 128 Abs. 3 Z. P. O.). Ihre Gewährung wie ihre Versagung ist stets anfechtbar, während die erste Fristerstreckung nur anfechtbar ist, wenn sie die Dauer der ursprünglichen Frist überschreitet (§ 141 Z. P. O.), oder vom Antragsteller, dessen Antrag sie nicht völlig entsprach.

Verkürzungen von Fristen sind nicht nur durch Parteienvereinbarung (siehe Anm. 19), sondern auch durch den Gerichtsbeschluß zulässig. Der letztere verkürzt die Frist, wenn das Gericht in concreto die kürzere Frist für ausreichend und gleichzeitig die normale — etwa richterlich schon bestimmte — als eine erhebliche Gefährdung des Prozeßgegners ansieht; der Rekurs ist zulässig (§ 141 Z. P. O.), nicht auch jener gegen die Verweigerung der Abkürzung.

III. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird vom Gesetze sachgemäß neben den Tagsatzungen und Fristen behandelt (§§ 146 ff. Z. P. O.); Rücksichten der Verständlichkeit veranlassen jedoch, sie hier nach dem Versäumnisverfahren im § 93 zu behandeln.

§ 90. Sistierung des Verfahrens.[1])

I. Die Gerichtsferien, die Sonn- und Feiertagsruhe und die Einstellung der Amtstätigkeit eines Gerichtes (siehe § 88) führen den Stillstand nicht eines einzelnen, sondern aller oder einer Gruppe von Prozessen herbei, welche bei einem Gerichte anhängig sind. Daneben gibt es jedoch Situationen, welche eine solche Sistierung nur für den einzelnen Prozeß und aus demselben entnommenen, nicht außerhalb desselben entstandenen Gründen bewirken. Solche Sistierungen kommen sowohl im Erkenntnis- als auch im Exekutionsverfahren einschließlich jenes der sicherstellungsweisen Exekution als auch im sonstigen Sicherungsverfahren vor. Die Formen der Sistierung sind die Unterbrechung, das Ruhen des Verfahrens, die Aufschiebung, das Innehalten mit der und die Stundung der Exekution.[2])

II. Die Unterbrechung des Verfahrens ist sein völliger Stillstand durch eine Zeit; das Verfahren bis zur Unterbrechung ist gültig und ordnungsgemäß, so daß nach ihr einfach an dasselbe angeknüpft, der Prozeß fortgesetzt wird. Die Unterbrechungszeit aber zählt gar nicht, weder privatrechtlich noch prozeßrechtlich: der Prozeß ist trotz der Unterbrechung

[28]) A. M. v. Canstein S. 122, der mit Unrecht den § 11 des Ges. vom 16. Mai 1874, R. G. Bl. Nr. 69, für noch gültig hält.

[1]) v. Canstein S. 124 ff.; 303 ff.

[2]) v. Canstein S. 124 f. unterscheidet Unterbrechung und Stillstand des Prozesses, identifiziert aber auch im wesentlichen die Wirkungen beider. Von den von ihm genannten Fällen gehören die §§ 60, 398 Z. P. O. nicht in diesen Zusammenhang.

gehörig fortgesetzt (§ 1497 a. b. G. B.); während derselben können Prozeßhandlungen weder mit Wirkung gegen das Gericht noch wider den Gegner[3]) gesetzt, insbesondere keine Ladungen erlassen, keine Zustellungen vorgenommen, weder mündliche Verhandlungen noch Beweisaufnahmen[4]) (Ausnahmen: § 384 Z. P. O.) durchgeführt, noch Entscheidungen erlassen werden, ihre Erlassung sei denn schon vor dem Eintritte des Unterbrechungsgrundes vorbehalten gewesen[5]) (§ 163 Z. P. O.); Fristen[6]) beginnen während dieser Situation nicht zu laufen; die schon laufenden werden im Laufe nicht gehemmt, sondern unterbrochen (§ 163 Z. P. O.). Trotz des zu engen Wortlautes des § 163 Z. P. O. bewirkt demnach die Unterbrechung nicht nur die Unzulässigkeit, sondern auch die Ungültigkeit von Prozeßhandlungen der Parteien und des Gerichtes; die Beobachtung dieser Norm ist unverzichtbar (§ 477 Z. 4 Z. P. O.). Von diesen Konsequenzen sind lediglich jene Prozeßhandlungen ausgenommen, welche die Wiederaufnahme des unterbrochenen Verfahrens bezwecken.

Die Unterbrechung arbeitet demnach der Beendigung des Prozesses direkt entgegen; sie findet darum nur dort statt, wo eine sachgemäße Prozeßbeendigung ohnedies nicht tunlich wäre, nie auf Grund einer Parteienvereinbarung, bisweilen ipso iure, bisweilen durch Gerichtsbeschluß, und nur wenn einer der folgenden taxativ[7]) aufgezählten Tatbestände vorliegt: a) der Tod einer Partei — natürlich nur einer physischen Person[8]) — die nicht durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist (§ 155 Z. P. O.); b) der Verlust ihrer Prozeßfähigkeit oder gesetzlichen Vertretung unter den gleichen Umständen (§ 158 Z. P. O.), dagegen nicht ihr Mangel beim Prozeßbeginne (§ 6 Z. P. O.); c) die Konkurseröffnung bei streithängigen Passivprozessen[9]) des Gemeinschuldners, welche das Konkursvermögen berühren (§ 159 Z. P. O.; §§ 7 ff. K. O.; § 40 a. G. O.). Für die Zwangsverwaltung fehlt es an Normen. Eine Ähnlichkeit derselben mit dem Konkurse besteht: in beiden Fällen wird ein Teil des schuldnerischen Vermögens für die Gläubigerzwecke vinkuliert; darf man daraus schließen, daß § 159 Z. P. O. auf die Zwangsverwaltung eine analoge Anwendung finde? Die Frage wird ex ratione legis zu verneinen

---

[3]) Dritte werden von der Unterbrechung nicht berührt.

[4]) A. M. Wachtel S. 150. Allein die Parteien dürfen hiebei intervenieren.

[5]) Ullmann S. 74; M. Pollak, Urteilsfällung während der Unterbrechung des Verfahrens (G. Z. 1899 Nr. 18). — § 163 Abs 2 Z. P. O. ist zu enge gefaßt.

[6]) Für die Paritionsfristen gilt das nicht.

[7]) Der im § 88 erwähnte Fall des Gerichtsstillstandes wird hier nicht wiederholt.

[8]) Also nicht die Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft; zweifelnd Neumann, Komm. I. S. 421; a. M. Staub-Pisko I. S. 326 f., wenigstens für den Fall ihrer Liquidation; seine Meinung beruht auf der Annahme, die offene Handelsgesellschaft sei prozeßunfähig. Siehe dagegen S. 149 und Z. E. Nr. 382.

[9]) M. Pollak, Konkursrecht S. 201 ff., 315; Neumann, Komm. I. S. 426; Z. E. Nr. 344; a. M. trotz des § 10 K. O. v. Schuster S. 424; v. Fürstl I. S. 248.

sein.[10]) Denn man wird festhalten müssen, daß die Unterbrechung nicht ipso iure eintreten könnte, wie im Konkurse, weil es an einem dem Konkursedikt gleichen Akte der Zwangsverwaltung fehlt; die Anmerkung im Grundbuche und Firmenregister äquipariert dem nicht. Auch reicht es für die Besorgung der Zwangsverwaltungsgeschäfte und für die Sicherung des Prozeßgegners aus, daß der Zwangsverwalter nach Art des § 10 K. O. ohne eine Prozeßunterbrechung als Vertreter des Sequestrierten in den Prozeß eintreten darf (S. 149); d) im Anwaltsprozesse[11]) der Tod oder die Vertretungsunfähigkeit des Advokaten;[12]) dessen nach § 28 Adv. O. bestellter Substitut ist daher zur Substitution nicht berechtigt (§ 160 Z. P. O.); e) die Abwesenheit einer Partei in Kriegsdiensten oder ihr Aufenthalt an einem Orte, der durch von der Partei unabhängige „Ereignisse" vom Verkehre mit dem Prozeßgerichte abgeschnitten ist — dies dann, wenn die Nichtintervention der Partei ihre Prozeßlage möglicherweise ungünstig beeinflussen könnte (§ 162 Z. P. O.); distantia loci allein oder die freiwillige Entfernung der Partei vom Gerichtsorte begründen keinen Unterbrechungsgrund; f) nach Ermessen ein anhängiger Präjudizialprozeß (z. B. für eine Hauptintervention) vor einem Gerichte, sei es auch ein ausländisches, wenn dessen Urteile nur in Österreich Rechtskraft haben, oder vor einer Verwaltungsbehörde[13]) (§ 190 Z. P. O.), oder ein anhängiges oder anhängig zu machendes präjudizierendes Disziplinar-[14]) (§ 601 Z. P. O.) oder Strafverfahren[15]) (§ 191 Z. P. O.; Art. XI Z. 3 Einf. Ges. zur Z. P. O.); g) ein Prozeß über die Zulässigkeit einer Nebenintervention (§ 190 Z. P. O.); h) ein anhängiges Wiedereinsetzungsverfahren (§§ 152, 147[16]) Z. P. O.); siehe darüber § 93; i) eine Wiederaufnahmsklage; ist sie auf § 530 Z. 1—5 Z. P. O. gestützt, so führt sie stets, in den anderen Fällen nach Gerichtsermessen die Unterbrechung des Rechtsmittelverfahrens herbei (§§ 544, 545 Z. P. O.); k) die Erhebung der Berufung oder Revision gegen ein Zwischenurteil,[17]) und zwar stets, wenn es über den Grund eines Anspruches ergeht, sonst nach Ermessen

---

[10]) R. Pollak, Zwangsverwaltung S. 34; Hellwig, Anspruch S. 246.

[11]) Im Nichtanwaltsprozesse tritt arg. § 160 Z. P. O. die Partei, nicht der Kammersubstitut ein.

[12]) Schreitet der Advokat für sich ein und wird diszipliniert, so tritt arg. § 28 Z. P. O. keine Unterbrechung des Verfahrens ein.

[13]) Pfaff-Schey Nr. 242, 851. Gegen die Versagung der Unterbrechung, erfolge sie auch erst in zweiter Instanz, kein Rekurs; Pfaff-Schey Nr. 851 (Z. E. Nr. 194).

[14]) Im Syndikatsprozesse. — § 601 Z. P. O. sagt statt „unterbrechen" „aussetzen", woraus Demelius S. 324 ff. Schlüsse zieht.

[15]) Klein, Vorlesungen S. 71 ff.; Schauer in G. Z. 1898 S. 47 ff.; die mit Recht gegen die häufige Anwendung dieses Unterbrechungsgrundes sich aussprechen.

[16]) § 147 Z. P. O. sagt statt „unterbrechen" „aufschieben".

[17]) § 393 Z. P. O. enthält in seinem letzten Satze insofern einen Fehler (ebenso § 304 dtsch. Z. P. O.), als er zuwider dem § 390 Z. P. O. auch bei Verneinung des Anspruchsgrundes ein Zwischenurteil für zulässig hält; wann kommt dann das Endurteil? A. M. Klein a. a. O. S. 210; Neumann, Komm. I. S. 753 f. Siehe oben S. 375 Anm. 35.

des Gerichtes[18]) (§ 393 Z. P. O.); l) Art. XI Z. 2 (Kompetenzkonflikte vor dem Reichsgerichte), 3 (Strafverfahren wegen Wuchers) Einf. Ges. zur Z. P. O.; m) die Einberufung zum Heere oder zur Kriegsmarine; dies ist ein Unterbrechungsgrund nur für die Personalhaft[19]) (§ 364 E. O.). Alle diese Tatbestände mit Ausnahme des letztgenannten bewirken eine Unterbrechung des Erkenntnisverfahrens; jene sub b und m, dann der hier nicht neuerlich besprochene der Einstellung der Amtstätigkeit[20]) des Gerichtes (§ 161 Z. P. O.) wirken auch im Exekutions- und Sicherungsverfahren. Eigentümlich ist der Fall c der Konkurseröffnung: ist im Zeitpunkte ihrer Wirksamkeit (§ 2 K. O.) das dingliche oder Befriedigungsrecht des betreibenden Gläubigers schon begründet,[21]) so berührt der Konkurs das Exekutionsverfahren nicht (§§ 12, 30 ff. K. O.), wohl aber, wenn die Exekution noch nicht bis zu diesem Punkte, wenn auch schon bis zum Exekutionsvollzuge gediehen ist (§ 11 K. O.; § 33 E. O.).

Nicht alle Unterbrechungsgründe,[22]) wohl aber manche (so a, b, c) wirken ipso iure, alle mit Ausnahme der Unterbrechungsgründe der Haupt- und der Nebenintervention sind von Amts wegen zu beachten, und es ist dann erforderlichenfalls die Unterbrechung durch einen Gerichtsbeschluß auszusprechen.

Die Unterbrechung endet nie ipso iure beim Wegfall des Unterbrechungsgrundes, sondern durch die ausdrückliche Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens (§ 164 Z. P. O.); diese erfolgt in der Regel auf Antrag, in den sub f, g, h, i genannten Fällen — nicht auch in jenem des § 161 Z. P. O. — von Amts wegen. Der Antrag ist an jenes Gericht zu richten, bei welchem die Unterbrechung eintrat,[23]) und wird ohne mündliche Verhandlung (Ausnahme: §§ 156, 157 Z. P. O.) nach Glaubhaftmachung des Wegfalles des Unterbrechungsgrundes durch Beschluß bewilligt (§ 164 Z. P. O.); folgt auf den Beschluß nicht sofort die Verhandlung zur Hauptsache, so ist im Beschlusse konstitutiv (Ausnahme: §§ 156—158 Z. P. O.) zu bestimmen, in welchem Zeitpunkte das Verfahren aufgenommen ist. Von diesem Momente an kommt das Verfahren wieder in Gang; gesetzliche Fristen laufen von neuem von Anfang an, richterliche sind neu zu bestimmen.

In einzelnen Fällen zeigt das Aufnahmeverfahren Besonderheiten, so bei der Universalsukzession (S. 183 ff.), im Konkurse (S. 389), ferner,

---

[18]) A. M. Fragenbeantwortung ad § 393 Z. P. O.

[19]) Ähnlich liegen die Fälle der §§ 364 Abs. 1, 365 E. O.

[20]) Nicht auch jener sub f; Klein S. 76; O. G. H. im J. M. Vdg. Bl. 1898 Nr. 1433.

[21]) v. Schrutka in Grünhuts Zeitschr. XII. S. 712 ff.; R. Pollak, Konkursrecht S. 261; Gl. U. 3970, 1110, 9360, 11149, 14138, 5146, 40312; Fellner-Ohmeyer Nr. 505 (über den Zeitpunkt des Pfandrechtserwerbes); Z. E. Nr. 376 (Verhältnis von Zwangsverwaltung und Konkurs); Fellner-Ohmeyer Nr. 761 (auch das zur Sicherstellung erworbene richterliche Pfandrecht bleibt im Konkurse aufrecht).

[22]) A. M. Ullmann S. 71.

[23]) Also nicht immer an das Prozeßgericht erster Instanz; Neumann, Komm. I. S. 431; a. M. v. Fürstl I. S. 255.

wenn ein Advokat stirbt oder vertretungsunfähig wird (siehe oben d); in diesem letzteren Falle wird das Verfahren entweder dadurch aufgenommen, daß die Partei dem Gerichte einen neuen Vertreter namhaft macht, oder dadurch, daß ihr auf gegnerischen Antrag eine (erstreckbare) Frist zu solcher Namhaftmachung gegeben wird: mit dem Ablaufe der wenn auch ungenutzten Frist ist das Verfahren aufgenommen (§ 160 Abs. 2 Z. P. O.).

III. Das Ruhen des Verfahrens[24]) ist ein freiwilliger Stillstand des Erkenntnisverfahrens;[25]) die Parteien können es nicht eine allein (Ausnahme: § 398 Z. P. O.), aber jederzeit gemeinschaftlich herbeiführen, und zwar in jeder Instanz vor der Fällung der Endentscheidung durch ihre entsprechende Erklärung, in erster Instanz auch stillschweigend durch ihr Nichterscheinen bei einer zur mündlichen Verhandlung anberaumten Tagsatzung (§§ 170, 491 Z. P. O.). Während die Unterbrechung des Verfahrens aus der Situation des Prozesses sich ergibt, ist die Herbeiführung des Ruhens des Verfahrens von einer solchen Situation unabhängig, beruht auf Freiwilligkeit der Parteien. Da es somit der Beendigung des Prozesses ohne aus dessen Situation geschöpften Gründen entgegenarbeitet, wird es vom Gesetze nicht begünstigt; so ähnlich es in vielen Punkten der Unterbrechung gestaltet ist, so sehr unterscheidet es sich darum in wichtigen anderen von ihr.

Das ruhende Verfahren ist nicht wie das unterbrochene gehörig fortgesetzt; die Verjährung ist demnach durch die Klage bis zur Aufnahme des ruhenden Verfahrens nicht unterbrochen;[26]) denn im Gegensatze zum früheren Rechte[27]) wird jetzt ein ununterbrochener Prozeßbetrieb von den Parteien gefordert, wie die Normen über die Tagsatzungen, Fristen, das Wiedereinsetzungsverfahren und das Ruhen selbst zwingend ergeben. Das Ruhen tritt mindestens für drei Monate, nach Parteienvereinbarung auch für eine längere Zeit ein (§ 168 Z. P. O.). Es bezieht sich — mit Ausscheidung selbständiger Zwischenverfahren, wie jenes über die Zulassung eines Nebenintervenienten, einer Wiedereinsetzung (diese ruhen selbständig) — auf das ganze Erkenntnisverfahren; es kann auch mehrmals in demselben Prozesse erfolgen, was § 184 der Regierungsvorlage nicht zulassen wollte. Die im Gesetze enthaltene Minimaldauer von drei Monaten verfolgt den Zweck, die Umgehung der Tagsatzungen und des Verbotes ihrer Erstreckung durch die Parteien zu verhindern: zu diesem Zwecke durfte die Minimalfrist nicht kurz sein. In der Praxis ist die Absicht des Gesetzes völlig erreicht worden; es wurden z. B. von den im Jahre

[24]) Falke v. Lilienstein in G. Z. 1899 S. 395 ff.; Gabrielcic in G. H. 1900 S. 37 f.

[25]) A. M. Paupié, Die Lehre vom Beitritt S. 109, der in den Fällen der §§ 188, 200 E. O. solche des Ruhens des Exekutionsverfahrens sieht.

[26]) Neumann, Komm. I. S. 453; a. M. Ehrenzweig in Grünhuts Zeitschr. XXV. S. 303, der den — übrigens abgeänderten — §. 227 Z. 2 G. O. heranzieht, um erst in einem einjährigen Ruhen eine nicht gehörige Prozeßfortsetzung zu erblicken; Tilsch, Einfluß der Zivilprozeßgesetze S. 318 f.

[27]) Gl. U. Nr. 169, 905, 1726, 4555, 6995, 9013, 9340, 12913 u. a. m.

1901 in einer Gerichtsabteilung des Bezirksgerichtes für Handelssachen Wien ruhenden 1118 Rechtssachen nur 16 wieder aufgenommen; bei allen anderen bedeutete also das Ruhen keine Prozeßverlängerung, sondern sein Ende.

Des Ruhens prozeßrechtliche Wirkungen decken sich sonst mit jenen der Unterbrechung, jedoch mit folgenden Abweichungen:

a) Der Lauf der Notfristen hört nicht auf (§ 168 Z. P. O.). Da diese Norm einen Sinn haben muß, schränkt sie jene des § 163 Z. P. O. ein, daß die während des Ruhens vorgenommenen Parteiprozeßhandlungen „der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung" sind. Ließe man nämlich diesen im § 168 Z. P. O. rezipierten Satz des § 163 Z. P. O. allgemein gelten, so würden zwar beim Ruhen die Notfristen laufen, aber sie könnten nicht mit Wirkung gegen die andere Prozeßpartei benutzt werden; mit anderen Worten: das Ruhen des Verfahrens würde die Benutzung der Notfristen unmöglich machen. Das kann der Sinn des Gesetzes nicht sein; da es den Lauf der Notfristen nicht aufhält, so müssen diese und können darum mit Wirkung während des Ruhens des Verfahrens benutzt werden, z. B. durch die Einlegung der Berufung, Erstattung der Revisionsbeantwortung.[28]) Konsequenterweise beginnen auch Notfristen während des Ruhens des Verfahrens zu laufen, wenn eine vor seinem Eintritte verkündete oder eine vorbehaltene Entscheidung während des Ruhens den Parteien zugestellt wird[29]) (§ 163 Abs. 3 Z. P. O.).

b) Trotz des Ruhens steht die völlige Beendigung des Prozesses den Parteien frei. Das steht zwar im Widerspruche zum Wortlaute des § 163 Z. P. O., ergibt sich aber ex ratione legis für die Institution des Ruhens des Verfahrens. So steht den Parteien zwar nicht die Klagrücknahme mit dem Vorbehalte des Anspruches,[30]) wohl aber mit Verzicht auf denselben,[31]) ferner der Abschluß eines gerichtlichen Vergleiches[32]) (ohne eine gerichtliche Kostenbestimmung) jederzeit frei.

c) Das Exekutionsverfahren ist vom Ruhen des Verfahrens unberührt; auch die Exekution zur Sicherstellung ist daher trotz desselben zulässig. Dasselbe gilt für das Verfahren über alle anderen Sicherungsansprüche.

Die Normen über die Wirkungen des Ruhens sind zwingendes Recht und darum von Amts wegen zu wahren (§ 160 Z. P. O.);[33]) ihre Verletzung bildet aber keinen Nichtigkeitsgrund. Sie sind aus den bedauerlichen Erfahrungen der früheren Prozeßpraxis entstanden.[34]) Die Wirkung dieser Normen wird immer

[28]) A. M. Demelius S. 330; Neumann, Komm. I. S. 434 f.

[29]) v. Fürstl I. S. 259 hält das für unzulässig.

[30]) Das wäre eine Umgehung der Normen über Tagsatzungserstreckungen; auffallenderweise a. M. v. Falke und die Redaktion der G. Z. 1899 S. 396; teilweise a. M. Pfaff-Schey Nr. 166 (siehe S. 389 Anm. 8).

[31]) Gabrielcic a. a. O.; R. Pollak in G. Z. 1900 Nr. 26.

[32]) v. Falke a. a. O. S. 396.

[33]) A. M. Demelius S. 330; v. Fürstl I. S. 261.

[34]) Die dtsch. Z. P. O. § 251 hat sich die ganz gleichen Erfahrungen der deutschen Praxis nicht zu nutze gemacht.

nur durch die Parteien hervorgerufen; entweder durch ihre dem Gerichte beurkundete Vereinbarung des Ruhens (§ 168 Z. P. O.) oder durch das Ausbleiben beider Parteien von einer „mündlichen Verhandlung" des Erkenntnisverfahrens erster Instanz[35] (§ 170 Z. P. O.) oder durch ihr Nichtverhandeln bei derselben[36] (§ 133 Abs. 2 Z. P. O.); endlich durch das Nichterscheinen des Klägers zu einer nach § 398 Z. P. O. angeordneten Verhandlung (§ 398 Z. P. O.). Das Motiv der Vereinbarung, des Ausbleibens oder Nichtverhandelns ist für den Eintritt der Wirkungen des Ruhens irrelevant,[37] daher nicht zu untersuchen. Hievon machen die Fälle des § 146 Z. P. O. (auf Antrag) und ex ratione legis des § 402 Z. 2 Z. P. O. (von Amts wegen) Ausnahmen; liegt der Tatbestand des ersten Falles vor, so werden die Wirkungen ex tunc behoben, im zweiten treten sie nicht ein, so daß von Amts wegen eine neue Tagsatzung anzuordnen ist.

Vom Eintritte des Ruhens werden die Parteien und ihre Bevollmächtigten abgesondert verständigt (§ 170 Abs. 2 Z. P. O.), damit Prozeßverzögerungen ohne Kenntnis der Parteien vermieden werden; über den eine einschränkende Auslegung vertretenden § 137 G. O. siehe S. 363 Anm. 11. Das ruhende Verfahren wird nur auf Antrag aufgenommen; der Antrag steht jeder Prozeßpartei frei.

IV. Die Aufschiebung der Exekution[38] korrespondiert im Exekutionsverfahren mit der Unterbrechung des Erkenntnisverfahrens. Grundsätzlich ist das Exekutionsverfahren noch bestimmter als das Erkenntnisverfahren auf eine ununterbrochene Abwicklung bis zu seiner Beendigung zugeschnitten; doch können sich bei jenem wie bei diesem Situationen ergeben, welche eine Verfahrenshemmung begründen. Im Exekutionsverfahren sind das die folgenden im Gesetze taxativ[39] aufgezählten Fälle: a) Klagen[40] auf Ungültigkeits-, Unwirksamkeitserklärung oder Aufhebung des Exekutionstitels (§ 42 Z. 1, 2, 5 E. O.); hieher gehören Klagen nach Art. XXV Einf. Ges. zur Z. P. O.; §§ 529, 596 Z. P. O.; Art. XVII, XXIX Einf. Ges. zur E. O.; §§ 35,[41] 36 E. O.); b) Wiederaufnahmsklagen und der Wiedereinsetzungsantrag (§ 42 Z. 2 E. O.); c) die Widerspruchsklagen des § 37 E. O.

[35] Hiezu gehört auch die Verhandlung im vorbereitenden Verfahren nach den §§ 250, 251 Z. P. O.; ferner jene nach § 478 Z. 4 Z. P. O., dagegen nicht Tagsatzungen, die lediglich zur Einvernehmung (z. B. auch im Falle des § 251 Z. P. O.; Neumann in G. Z. 1897 S. 191; a. M. v. Falke i. e. l. 1897 Nr. 15) oder lediglich zu Beweisaufnahmen bestimmt sind (§ 289 Z. P. O.). Denn das sind keine „mündlichen Verhandlungen" im Sinne des § 170 Z. P. O.

[36] Der Fall des § 60 Z. P. O. gehört nicht hieher; a. M. v. Fürstl I. S. 259.

[37] A. M. die Redaktion der G. Z. 1899 S. 395.

[38] v. Canstein S. 303 ff.; Neumann, E. O. S. 429 ff.; Komm. II. S. 202 ff.; v. Czoernig S. 44 ff.; Heller-Trenkwalder, E. O. S. 36 ff.; Wanek in G. Z. 1898 Nr. 28; Fellner-Ohmeyer Nr. 66, 109—129, 183.

[39] Darum ist die Erstattung einer Strafanzeige wegen Erschleichung der Exekutionsbewilligung kein Aufschiebungsgrund; Pfaff-Schey Nr. 423.

[40] Klieneberger in Gellers Ztbl. XIV. S. 745; Linggi. e. l. XVI. S. 193. Gleichzuhalten sind die Anträge nach Art. XXIII Einf. Ges. zur Z. P. O., Art. XXX Einf. Ges. zur E. O.

[41] Parallel laufen die „Einwendungen" des § 35 Abs. 2 E. O. vor anderen öffentlichen Organen als den Zivilgerichten.

(§ 42 Z. 5 E. O.); d) Klagen auf Unzulässigkeit der Exekution aus anderen als den im Exekutionstitel (Fall a) liegenden Gründen (§§ 39 Z. 5, 42 Z. 5 E. O.); hieher gehört z. B. der Widerspruch des § 83 E. O.; e) der Antrag auf die Einstellung der Exekution nach §§ 39 Z. 2—4, 6, 8, 40 E. O. (§ 42 Z. 3 E. O.); f) der Einstellungsantrag wegen der Gläubigerkonvokation in der Nachlaßabhandlung[42]) (§ 42 Z. 6 E. O.), eine Einrichtung, welche Kollusionen zwischen dem Verpflichteten und einzelnen betreibenden Gläubigern zu fördern dadurch geeignet ist,[43]) daß sie sich nur auf das einzelne Exekutionsverfahren bezieht, somit kein Moratorium im gemeinrechtlichen Sinne darstellt; g) der Rekurs gegen den die Exekution bewilligenden Beschluß (§ 42 Z. 7 E. O.), nicht schon seine Zulässigkeit,[44]) auch nicht der Rekurs gegen einen anderen Beschluß des Exekutionsverfahrens und ebensowenig ein Rechtsmittel gegen irgend eine andere Entscheidung; h) die Beschwerde gegen einen Vorgang beim Exekutionsvollzuge, wenn die zu ihrer Erledigung erforderlichen Einvernehmungen nicht unverzüglich stattfinden können (§§ 42 Z. 8, 68 E. O.; § 165 G. O.); i) die Einleitung der Zwangsverwaltung von Immobilien an Stelle ihrer Zwangsversteigerung (§ 201 E. O.); k) der Übernahmsantrag der §§ 204, 271 E. O.; l) der Tatbestand, daß der zur Gegenleistung Zug um Zug verpflichtete betreibende Gläubiger diese Gegenleistung weder bewirkt noch sichergestellt (§ 42 Z. 4 E. O.); die Notwendigkeit dieses Aufschiebungsgrundes ergibt sich daraus, daß die Exekutionsbewilligung ohne den Nachweis der Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung erfolgt (§ 8 E. O.); hieher gehört der Fall des § 2 Ratenges.; m) der positive Kompetenzkonflikt zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden (Art. XI Z. 2 Einf. Ges. zur Z. P. O.); n) der Antrag des Strafgerichtes im Strafverfahren wegen Wuchers (Art. XI Z. 3 Einf. Ges. zur Z. P. O.; § 11 des Ges. vom 28. Mai 1881 Nr. 47).

Von diesen Fällen ist nur jener sub k von Amts wegen zu beachten, alle übrigen nur auf Antrag; der Aufschiebungsantrag steht in den Fällen a—d dem Kläger, in den Fällen e, f,[45]) g, i, l dem Verpflichteten, im Falle h beiden Parteien, in den Fällen m und n nur der Behörde zu. Der Antrag ist noch nicht begründet, wenn er einen der sub a—l[46]) genannten Tatbestände für sich anführen kann; er muß dann vielmehr noch geltend machen, daß die Exekutionsdurchführung oder -Fortsetzung den Antragsteller (in der Regel den Verpflichteten) mit der Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Vermögensnachteiles bedroht

---

[42]) Ofner, Die Gläubigerkonvokation und die Exekutionsordnung (G. H. 1897 Nr. 46); Tilsch S. 188 f.; O. G. H. vom 23. Jänner 1900 Z. 573, Fellner-Ohmeyer Nr. 115; Z. E. Nr. 472; über das frühere Recht siehe Judik. Buch Nr. 20.

[43]) A. M. v. Fürstl II. S. 121.

[44]) Vergl. die ähnliche Norm des § 12 Abs. 2 des kais. Pat. vom 9. August 1854 Nr. 208.

[45]) Auch dem Nachlaßkurator; Tilsch a. a. O.

[46]) In den Fällen m, n, der Art. XXIII, XXV Einf. Ges. zur Z. P. O. reicht dieser Tatbestand aus.

(§ 44 E. O.). Sind diese Voraussetzungen vorhanden, so muß die Exekution vom Gerichte[47]) aufgeschoben werden. Zwar sagt § 42 E. O. nicht „muß", sondern „kann"; allein der Zusammenhang ergibt, daß es sich hier nicht um eine Ermessenssache des Gerichtes handelt;[48]) „kann" (= darf) bedeutet im § 42 E. O. nur so viel als: in diesen Fällen ist die Aufschiebung zulässig, in anderen nicht.

Die Wirkung der Exekutionsaufschiebung ist (je nach der Gefahr für alle oder einzelne der in Exekution gezogenen Objekte, § 43 E. O.) das Verbot der Vornahme weiterer Exekutionsschritte für die Aufschiebungszeit, während die bereits durchgeführten wirksam bleiben; da die Aufschiebung somit den betreibenden Gläubiger an der Exekutionsfortsetzung hindert, verlängert sie ex ratione legis die einjährige Frist des § 256 E. O. um ihre Zeit.[49]) Auf Vorgänge im Exekutionsverfahren, die keine Exekutionsschritte sind, wirkt die Aufschiebung nicht ein, so z. B. nicht auf den Lauf der Rekursfristen, auf das Offenbarungsverfahren (§ 47 E. O.). Auch beschränkt sich ihre Wirkung stets auf ein bestimmtes Exekutionsverfahren (wichtig im Falle f) und auf einen bestimmten, im Aufschiebungsbeschlusse festzusetzenden Zeitraum[50]) (§ 44 E. O.), der aber verlängert werden kann, da er keine Frist im technischen Sinne darstellt. Das Gericht darf alle diese Wirkungen — mit Ausnahme der Fälle m, n — von einer Sicherheitsleistung des Antragstellers[51]) wegen Gefährdung des betreibenden Gläubigers abhängig machen (§ 44 E. O.), ja, diese Sicherstellung auch nachträglich fordern, wenn die Gefährdung erst später entsteht oder dem Gerichte bekannt wird. Die Kautionsfrage spielt eine noch größere Rolle dann, wenn der Antragsteller in den Fällen a—l verlangt, daß auch die schon begründeten Exekutionsrechte (z. B. das Pfandrecht) als unwirksam erklärt werden sollen; dies ist nur zu bewilligen, wenn ihre Aufrechterhaltung ihm (auch wenn er nicht der Verpflichtete ist)[52]) einen schwer zu ersetzenden Nachteil verursachen würde und wenn der Antragsteller für die volle Befriedigung des betreibenden Gläubigers Sicherheit leistet (§ 43 E. O.). Hier hat die Exekutionsaufschiebung also gleiche Wirkungen wie die Einstellung der Exekution; dafür erlangt der betreibende Gläubiger durch die Sicherheits-

---

[47]) In der Regel nach mündlicher Verhandlung (§ 45 E. O.).

[48]) A. M. Neumann, E. O. S. 429; v. Czoernig S. 44 f.; v. Fürstl II. S. 118; die zweite Instanz bei Fellner-Ohmeyer Nr. 115.

[49]) Z. E. Nr. 268; v. Fürstl II. S. 526, der es freilich „vorsichtig" findet, wenn der Gläubiger den (zurückzuweisenden!) Verkaufsantrag stellt.

[50]) Klagfristen werden hiebei nicht bestimmt (§ 44 Abs. 3 E. O.); a. M. v. Czoernig S. 39 f.

[51]) Nicht bloß des Verpflichteten, wie der erste Satz des § 44 Abs. 2 E. O. sagt; § 43 E. O. und der Fortgang des § 44 E. O. selbst zeigen, daß es sich hier um einen Textierungsfehler handelt: warum sollte bei nachträglich eintretender Gefahr der „Antragsteller", bei früher eintretender nur der Verpflichtete zur Sicherheitsleistung herangezogen werden dürfen? Im Ergebnisse wie Text Fellner-Ohmeyer Nr. 129; a. M. v. Czoernig S. 47, der das Gesetz freilich rügt; wohl auch § 163 Abs. 4 G. O.

[52]) Materialien II. S. 17. Hieher gehört z. B. der Fall des § 37 E. O. — Erschwerte Voraussetzungen normiren die Art. XXIII, XXV Einf. Ges. zur Z. P. O.

leistung an deren Objekt das Pfandrecht für seinen Vollstreckungsanspruch (§ 56 Z. P. O.).

Die Aufschiebung der Exekution ist vor ihrem Beginne[53]) und während ihres Laufes, natürlicherweise aber nicht nach ihrer Einstellung zulässig.[54]) Nach dem Ablaufe der Aufschiebungszeit wird die Exekution von Amts wegen in den Fällen g und k, sonst nur auf Antrag fortgesetzt (§ 44 E. O.). Hat sie auch in der Aufhebung bereits erworbener Exekutionsrechte bestanden, so darf der betreibende Gläubiger die Exekution auf die bestellte Sicherheit fortsetzen.

Die Anwendung aller dieser Sätze über die Aufschiebung auf die Exekution zur Sicherstellung und auf die einstweiligen Verfügungen wird mit den Argumenten bekämpft, die Stellung des § 42 E. O. im Gesetze und das Wesen schon der Exekution zur Sicherstellung verbiete diese Anwendung.[55]) Allein das ist nicht richtig; denn die Stellung des § 42 E. O. verschlägt nach der klaren Norm des § 402 E. O. nichts, und es lassen sich auch leicht Fälle denken, in denen etwa auch bei einer Exekution zur Sicherstellung (z. B. nach ihrer Bewilligung und vor ihrem Vollzuge) Raum und Anlaß für eine Aufschiebung ist. Die hier entwickelten Normen gelten also auch sinngemäß für die Exekution zur Sicherstellung und für das Verfahren bei einstweiligen Verfügungen.

V. Die Innehaltung mit dem Exekutionsvollzuge[56]) ist eine kurzzeitige Aufschiebung der Exekution, die nicht vom Gerichte, sondern vom Vollstreckungsorgane ohne einen gerichtlichen Auftrag vorgenommen wird (§ 46 E. O.). An sich bedarf es begreiflicherweise zur Einstellung wie zur Aufschiebung der Exekution eines Gerichtsbeschlusses; wird dem Vollstreckungsorgane jedoch durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden bewiesen,[57]) daß nach dem Zeitpunkte des ihm erteilten Auftrages Stundung bewilligt, von der Fortsetzung des Exekutionsverfahrens abgestanden oder daß Vollzahlung[58]) geleistet wurde, so darf das Vollstreckungsorgan in diesen, aber auch nur in diesen Fällen mit dem Exekutionsvollzuge gegen sofortigen Bericht an das Exekutionsgericht innehalten; dieses beschließt dann über den Fortgang des Verfahrens (§ 46 E. O.; § 381 G. O.). Die Einrichtung soll es ermöglichen, von einem überflüssigen und doch nachteiligen Exekutionsvollzuge in klaren Fällen absehen zu können, auch wenn vor der Innehaltung ein Gerichtsbeschluß nicht eingeholt werden kann.

Bei der Exekution zur Sicherstellung von Geldforderungen und dem Verfahren bei einstweiligen Verfügungen zu dem gleichen Zweck darf

[53]) Auch vor dem Exekutionsantrage; mit guten Gründen Neumann, Komm. II. S. 203; a. M. v. Bittorelli, Schriftsätze S. 57.

[54]) Als auch nach dem vollzogenen Verkauf, wenn die Meistbotverteilung noch nicht erfolgt ist; Fellner-Ohmeyer Nr. 125.

[55]) O. G. H. vom 30. April 1901 Z. 6147, G. H. 1901 S. 221; O. G. H. vom 30. Mai 1901 Z. 7624, Fellner-Ohmeyer Nr. 471.

[56]) Neumann, Komm. II. S. 218; Hellmer in G. H. 1900 S. 151.

[57]) „Dargetan," sagt § 46 Abs. 1 E. O.; das Richtige ergibt sich aus seinem Abs. 2.

[58]) Postaufgabeschein über die Geldsendung genügt; § 46 Abs. 2 E. O.

sinngemäß der Verpflichtete (Gegner der gefährdeten Partei) die Innehaltung mit dem Vollzuge gegen den durch öffentliche Urkunden — nur durch diese — erbrachten Nachweis fordern, daß er den vollen Geldbetrag zu Gericht erlegt hat (§ 402 E. O.)

VI. Die Stundung der Exekution (siehe § 78 IV)[59] steht der Vereinbarung des Ruhens des Verfahrens nahe; wie diese erfolgt sie unabhängig vom Willen des Gerichtes durch eine Parteierklärung.

Anscheinend kennt das Gesetz drei, in Wahrheit jedoch nur zwei hiehergehörende Fälle. Im § 36 Z. 3 E. O. ist davon die Rede, „daß der betreibende Gläubiger auf die Einleitung der Exekution ... für eine einstweilen noch nicht abgelaufene Frist verzichtet hat", im § 39 Z. 6 E. O. dagegen, daß er „auf den Vollzug der bewilligten Exekution ... für eine einstweilen noch nicht abgelaufene Frist verzichtet hat oder ... von der Fortsetzung des Exekutionsvollzuges abgestanden ist". Es gäbe somit darnach dreierlei Stundungen: a) auf die Exekutionseinleitung,[60] b) auf den Exekutionsvollzug, c) auf die Exekutionsfortsetzung.[61] Nach der ganzen Struktur des Exekutionsverfahrens und überdies arg. e contr. des § 208 E. O. ist das jedoch unrichtig, und die beiden erstgenannten Stundungsarten sind in ihrer Wirkung gleich; siehe darüber S. 385 f.

Die Exekutionsstundung ist eine Erklärung des betreibenden Gläubigers des Inhaltes, aus einem bestimmten Exekutionstitel keine Exekution oder keine solche bestimmten Inhaltes führen zu wollen; sie kann also eine solche hinsichtlich bestimmter Exekutionsobjekte, bestimmter Exekutionsarten oder auf die Exekution überhaupt sein. Ist die Exekution auf die Zwangsversteigerung von Immobilien gerichtet, so dauert die Stundung für diese Exekutionsart mindestens ein halbes Jahr,[62] bei anderen Exekutionsobjekten oder -Arten[63] durch die vom Gläubiger bestimmte Zeit (§ 200 Z. 3 E. O.); fehlt diese Zeitbestimmung, so bleiben dann nur die sonstigen Stundungswirkungen. Diese bestehen darin, daß für den betreffenden Vollstreckungsanspruch oder (je nach dem Inhalte der Stundung) für die betreffenden Exekutionsobjekte dem stundenden Gläubiger keine Exekution oder nicht eine bestimmte Art derselben, etwa durch pfandweise Pfandrechtsbegründung eingeleitet wird, die etwa schon eingeleitete aber unter Aufhebung aller geschehenen Exekutionsschritte einzustellen ist. Diese Wirkung ist — nach der Struktur des österreichischen Exekutionsverfahrens notwendigerweise — auf die Exekution des stundenden Gläubigers beschränkt. Es ist darum eine sachlich nicht zu rechtfertigende Neuerung der Exekutionsordnung und Belastung der

---

[59]) Neumann, E. O. S. 423 ff.; v. Fürstl II. S. 101 ff.; v. Czoernig S. 29 f.; Bum in Jur. Bl. 1897 Nr. 49; Handl in G. Z. 1898 Nr. 12; v. Gernerth in G. Z. 1898 Nr. 27; Rotschedl in G. H. 1898 Nr. 15.

[60]) Pfaff-Schey Nr. 540.

[61]) So Bum a. a. O. 1898 S. 446.

[62]) Z. E. Nr. 24 (die Frist ist zwingenden Rechtes). Ausnahme: die unterlassene Vorlage der Versteigerungsbedingungen (§ 145 E. O.); Z. E. Nr. 296, 318.

[63]) Also insbesondere bei der Exekution zur Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen.

anderen die Versteigerung betreibenden Gläubiger, daß sie bei der Zwangsversteigerung[64]) von Immobilien im Falle der Stundung des einen von ihnen erst noch binnen der unerstreckbaren Frist von vierzehn Tagen das Selbstverständliche erklären müssen, daß sie ihre Exekution fortsetzen[65]) (§ 206 E. O.); es ist begründet, daß die Praxis zur Milderung dieser Last jedem betreibenden Gläubiger im vorhinein die Erklärung gestattet, er setze seine Exekution jedenfalls fort,[66]) und daß sie überdies bis zum Ende der vierzehntägigen Frist ohne jede Erklärung die Exekution fortsetzt,[67]) wovon wegen des dem § 266 E. O. zugrunde liegenden Prinzipes nur dahin eine Ausnahme gemacht werden muß, daß der Versteigerungstermin dann nicht abgehalten werden darf, falls für keinen der anderen betreibenden Gläubiger die Bewilligung der Zwangsversteigerung in Rechtskraft erwachsen ist.

Die Stundung der Exekutionsfortsetzung kennt das Gesetz nur bei dem Verkaufsverfahren von Immobilien und beweglichen Sachen und bei dem Überweisungsverfahren zur Einziehung (§ 311 E. O.), und auch da nur in der Form, daß lediglich das Pfandrecht erhalten bleibt, alle anderen Exekutionsschritte aber aufgehoben (und aufgeschoben) werden[68]) (§§ 188, 200, 282 E. O.). Die Wirkungen dieser Stundung decken sich also, wenn auch manchmal tatsächlich, so doch nicht rechtlich mit jenen der Aufschiebung der Exekution und auch nicht mit jenen des Ruhens;[69]) dies ergibt sich für den Fall des § 200 E. O. aus § 207 E. O., für jenen des § 188 E. O. (Zuschlagsversagung) daraus, daß die Worte des § 188 Abs. 3 E. O. („der neue Versteigerungstermin") sich auf den im § 188 Abs. 2 E. O. genannten Versteigerungstermin und nicht auf die „neuerliche Versteigerung" beziehen.

Die Stundung der Exekution tritt ipso iure ein, wenn bei Immobilien, Vermögensrechten, welche nicht zu den Forderungen gehören (§ 331 E. O.), und bei wirtschaftlichen Unternehmungen[70]) die Versteigerungsbedingungen nicht rechtzeitig vorgelegt werden (§ 145 E. O.), ferner für unbewegliche Sachen als Exekutionsobjekte auch, wenn bei der Zuschlagsversagung nach § 188 E. O. nicht binnen Monatsfrist ein neuer

---

[64]) Ebenso beim Verkauf von beweglichen Sachen (§ 282 E. O.), dagegen nicht bei der Zwangsverwaltung (§§ 129, 341 E. O.).

[65]) Über die Entstehungsgeschichte des § 206 E. O. siehe Menestrina, l'accessione S. 127 ff., der an ihm eine scharfe, aber nicht unbegründete Kritik übt.

[66]) Ebenso Neumann, E. O. S. 293; Paupié, Lehre vom Beitritt S. 106.

[67]) Pfaff-Schey Nr. 363; v. Nemethy, Das österr. Grundbuchsrecht S. 444; Menestrina S. 133; a. M. Paupié S. 107.

[68]) Neumann, E. O. S. 424; v. Fürstl II. S. 112 f.; a. M. Bum a. a. O. Über die Minimalfristen dieser Sistierung siehe S. 386.

[69]) A. M. Paupié, Die Lehre vom Beitritt S. 109 ff.

[70]) Fischböck, Exekution auf konzessionierte Gewerbe (G. Z. 1902 S. 275, 283), der allerdings hiebei § 341 E. O. unter § 331 E. O. subsumiert, statt ihn daneben zu stellen; irrige Konsequenzen hievon auf S. 276.

Versteigerungstermin beantragt wird.[71]) Sonst bedarf sie einer Erklärung des betreibenden Gläubigers, welche keiner Annahme bedarf und unwiderruflich ist;[72]) das letztere dient ein wenig dem Zwecke der ganzen Einrichtung: könnten Stundungserklärungen beliebig oder auch nur mit der Zustimmung des Verpflichteten widerrufen werden, so hielte das vom Gesetze perhorreszierte Unwesen der kurzzeitigen Stundungen wieder seinen Einzug in die Exekution.

Die Stundungserklärung richtet sich an das Gericht oder an den Verpflichteten. Im erstgenannten Falle ist sie von Amts wegen zu beachten, so daß gegen ihre Nichtbeachtung der Rekurs offen steht (§ 36 E. O.). Im zweiten Falle muß der Verpflichtete unter Berufung auf die Erklärung den Einstellungsantrag — als einfachen Antrag (§ 40 E. O.) oder als Klage (§§ 36 Z. 3, 39 Z. 6 E. O.) — stellen, um der Stundung ihre Wirkung zu sichern.

Eine gestundete Exekution kann zum Unterschiede von einer aufgeschobenen nicht fortgesetzt werden, da alle Exekutionsschritte aufgehoben sind; da kann nur nach dem Ablaufe der Stundungszeit eine neuerliche Exekution begonnen werden. Ist nur die Exekutionsfortsetzung gestundet, so kann an das aufrechterhaltene Pfandrecht die Fortsetzung angeknüpft werden. Beides geschieht nicht von Amts wegen.

Bei der Exekution zur Sicherstellung und bei den einstweiligen Verfügungen finden die hier entwickelten Sätze über die Stundung sinngemäße Anwendung; nur ist bei einstweiligen Verfügungen die Maximaldauer der Stundung für den Vollzug einer schon bewilligten einstweiligen Verfügung ein Monat (§ 396 E. O.). Eine Stundung der Vollstreckungsfortsetzung kann hier nicht vorkommen.

§ 91. Ort der Parteihandlungen.

Als solcher dient grundsätzlich das Gerichtshaus, für mündliche Verhandlungen der in diesem Hause bestimmte Verhandlungsraum. In dieses Haus und in diesen Verhandlungsraum sind dann auch die Parteien zu laden; fehlt in der Ladung die gehörige Ortsbezeichnung, so ist sie nicht ordnungsgemäß (§ 130 Z. P. O.). Durch diese Konzentration der Parteihandlungen wird zwar den Parteien ein Opfer an Zeit und Geld[1]) auferlegt, aber eine sachgemäße Ausnutzung der Arbeitszeit und Arbeitskraft der Gerichtspersonen ermöglicht. Prozeßhandlungen der Parteien an einem anderen als dem bestimmten Orte haben keine prozessuale Wirkung, mag die Verfehlung des Ortes durch ein Verschulden der Partei oder ohne ein solches entstanden sein.[2])

---

[71]) Der Grund für dieses Unterbleiben ist für seine Wirkung irrelevant, so daß diese Fälle nicht zu denen des Anspruchsverzichtes gestellt werden können.

[72]) Pfaff-Schey Nr. 382 (= Z. E. Nr. 24).

[1]) Diese Opfer werden im Siegesfalle zum Teile oder ganz vergütet; §§ 41 ff. Z. P. O.

[2]) Für gewisse Fälle bietet die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Abhilfe; siehe § 93.

Ausnahmsweise tagt das Gericht außerhalb des Gerichtshauses. Diese Fälle sind taxativ in Art. VIII Einf. Ges. zur Z. P. O., §§ 132 Abs. 2, 328, 352, 368, 380 Z. P. O., Art. III Einf. Ges. zur J. N., §§ 26, 177 E. O., § 29 G. O. G. (Amtstage) aufgezählt. In ihnen dürfen — und müssen unter Umständen, z. B. im Falle des § 132 Abs. 2 Z. P. O., § 177 E. O. zur Erzielung prozessualer Wirkungen — Parteihandlungen außerhalb des Gerichtshauses, nämlich dort vorgenommen werden, wo das Gericht in concreto tagt.

§ 92. Die Konzentration der Parteierklärungen.[1])

I. Der Zivilprozeß kann, wie schon im § 82 ausgeführt, weder im Erkenntnis- noch im Sicherungs- und Exekutionsverfahren einer bestimmten Ordnung und gewisser zeitlicher Schranken für die Parteierklärungen entbehren, auch abgesehen von jener Ordnung, welche durch die Einrichtung der Tagsatzungen und Fristen geboten ist. Er muß zwar derart eingerichtet sein, daß nach den gewonnenen Erfahrungen jede hinreichend aufmerksame Partei zu ihrem Rechte zu kommen vermag; allein hiebei kann doch nur nach Durchschnittsmerkmalen gerechnet werden. Nach diesen wird die Prozeßordnung bestimmt, um einerseits den Parteien die Möglichkeit richtiger Information und eines gehörigen Vortrages, andererseits den nötigen Schutz gegen die Schikane und Verschleppung zu bieten. Jede solche Ordnung ist gleichzeitig ein Schutz und ein Hindernis der gerechten Rechtsprechung, jenes in der Regel, dieses in den Fällen, in welchen jemand (etwa ohne sein Verschulden) mit relevantem Vorbringen präkludiert wird. Dieser Einzelne muß dann seinen Nachteil als Opfer an die Gesamtheit in den Kauf nehmen;[2]) ein ganz tumultuarisches Verfahren wäre die Folge davon, wenn man um der Möglichkeit eines solchen Schadens willen die Prozeßordnung fahren ließe. Aber es ist natürlicherweise eine der wichtigsten, freilich auch eine der schwierigsten Fragen der Gesetzgebungstechnik, wie die Prozeßordnung einzurichten sei, damit sie den Ansprüchen an die Rechtssicherheit ebenso wie jenen an die Schnelligkeit und Billigkeit der Rechtsprechung genüge. Seit dem Entstehen des kanonischen Prozeßrechtes mühen sich an diesem Probleme die Gesetzgebungen, namentlich für das Erkenntnisverfahren.

Das kanonische Recht[3]) kannte schon im zwölften Jahrhundert den „solennis ordo iudiciarius", charakterisiert durch die formelle litis constestatio, durch eine genaue Wahrnehmung von Förmlichkeiten, die Schriftlichkeit, strenge Einhaltung einer bestimmten Reihenfolge der Parteihandlungen, zahllose Verhandlungstermine, den Mangel fast aller richterlichen

[1]) Skedl I. S. 50 ff.; R. Pollak, Konzentration der mündlichen Streitverhandlung (G. Z. 1900 S. 257 ff.); Heffter, Institutionen des Z. P. (1825) S. 157 ff.

[2]) Auf der Verkennung dieser Erwägungen beruhen die Ausführungen von Stroß, Versäumung und Wiedereinsetzung (G. Z. 1900 S. 226 ff.).

[3]) Briegleb, Die summarischen Prozesse S. 15 ff.; R. Schmidt, Außergerichtliche Wahrnehmungen des Prozeßrichters.

Prozeßleitung; der Prozeßnot, die durch dieses Überwiegen der Gerechtigkeitsidee und durch dieses Mißtrauen in den Richterstand entstanden war, zu steuern, erließ Papst Klemens V., an ältere Normen anknüpfend, ein Prozeßgesetz, die Clem. Saepe de V. S., welche den solennis ordo mildern sollte und dies durch die Einführung des Offizialbetriebes und der Eventualmaxime versuchte; der erste übertrug dem Richter eine energische Prozeßleitungsmacht, die zweite verlangte von der Partei das gleichzeitige Vorbringen aller ihrer Angriffs- und Verteidigungsmittel, wenn auch eines derselben durch das andere überflüssig gemacht wurde, falls dieses begründet war, und wenn auch die einzelnen Angriffs- und Verteidigungsmittel miteinander unvereinbar waren. Zunächst bestanden der ordo solennis und die Clem. Saepe, zwei Prozeßordnungen mit einander entgegengesetzten Tendenzen, wenn auch mit dem gleichen Ziel der gerechten Rechtsprechung, nebeneinander; mit der Zeit aber verdrängte das jüngere Verfahren das ältere völlig, so daß der Prozeß Klemens V. der ordentliche gemeinrechtliche wird. Nur daß auch die Clem. Saepe den Bedürfnissen einer schleunigen Prozedur bald nicht mehr genügt, so daß — namentlich bei der Erlassung von Reichskammergerichtsordnungen — insbesondere ihre Eventualmaxime stetig verschärft, auf die Rechtsmittelinstanz immer mehr ausgedehnt[4]) und das artikulierte Verfahren sowie die prozeßhindernden Einreden abgeschafft werden.[5]) Das ist etwa der Standpunkt des J. R. A. von 1654. Man kann nicht sagen, daß die Resultate gerade erfreuliche waren; die Prozeßnot stieg immer höher und die Landesgesetzgebung versuchte sich in immer neuen Abhilfen. Etwa gleichzeitig erschienen die preußische und die österreichische allgemeine Gerichtsordnung, von denen die erste, mit allen Traditionen des gemeinen Rechtes brechend, die Untersuchungsmaxime einführte, während die zweite eine gewissenhafte Revision des gemeinrechtlichen Prozesses darstellte. Sie verlangte, was ein wesentlicher Fortschritt war, die Verbindung der Beweisanträge mit den Tatsachenbehauptungen, wodurch das Beweisurteil eine ganz neue Stellung gewann, kannte nur mehr peremptorische Fristen und zog den Leistungsbefehl in das Urteil hinein. Gute Erfahrungen machte man aber mit der österreichischen allgemeinen Gerichtsordnung mit der Zeit sowenig als mit der preußischen, und als auch der Versuch mit dem Summarverfahren im Jahre 1845 mißglückte, war es klar, daß mit einer Reform wenigstens des Erkenntnisverfahrens auf anderen Grundlagen werde vorgegangen werden müssen (S. 104 ff.). Die geltenden Zivilprozeßgesetze haben sie gebracht.

II. Die Zivilprozeßordnung konzentriert die Parteierklärungen durch folgende Mittel: sie kennt nur peremptorische Fristen; sie kennt keine Fristverlängerung und Tagsatzungserstreckung durch den Parteiwillen, sondern

---

[4]) Briegleb S. 85 ff.; Rintelen, Berufungsgrund und Berufungsantrag S. 92 ff.

[5]) Über die Entwicklung in Deutschland Schwartz, Vier Jahrhunderte deutscher Prozeßgesetzgebung.

nur eine solche durch eine gerichtliche Entscheidung; sie erschwert selbst dem Gerichte diese Erstreckungen in sehr erheblicher Weise, so daß auch die etwa übereinstimmende Neigung des Gerichtes und der Parteien, zu erstrecken, am Gesetze bedeutende Hindernisse findet; sie scheidet durch die Einrichtung der ersten Tagsatzung (§ 239 Z. P. O.; S. 436) die streitigen von den ohne Streit zu erledigenden Sachen ab; sie gestattet in Punktensachen und Prozessen mit einem komplizierten Tatbestande ein protokollarisches vorbereitendes Verfahren[6]) vor einem beauftragten Richter zur Vorbereitung und Entlastung der mündlichen Streitverhandlung (§ 245 Z. P. O.). Neben diesen äußerlichen Mitteln zur Prozeßkonzentration kommen noch folgende zur Verwendung:

Ansprüche und Einreden dürfen zwar jederzeit bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung erster Instanz neu erhoben werden, ohne daß das Gericht eine Zurückweisungsbefugnis wegen schikanöser Verspätung ihrer Erhebung hätte[7]) (Ausnahme: § 263 Abs. 2 Z. P. O.); dieser Satz erleidet nur insoweit eine Einschränkung, als für eine Anspruchserhebung die Form der Klage vorgeschrieben ist. Mit diesen Sätzen entspricht die Zivilprozeßordnung auch ihrem Grundsatze, jedes Erkenntnisverfahren zur Erledigung möglichst vieler Ansprüche zu benutzen. Aber in der zweiten und dritten Instanz ist die Vorbringung eines neuen Anspruches oder einer neuen — nicht rechtsvernichtenden[8]) — Einrede verboten[9]) (§ 482 Z. P. O.), zugelassen lediglich der Kostenersatzanspruch und jener nach § 408 Z. P. O. So ist denn schon für die Geltendmachung von Ansprüchen und der meisten Einreden die erste Instanz jene, in welche die Parteierklärungen konzentriert sind.

Für die anderen Parteierklärungen steht allerdings gleichfalls die erste Instanz bis zum Schlusse der mündlichen Streitverhandlung den Parteien offen; der § 179 Z. P. O. spricht dieses für ein mündliches Verfahren unentbehrliche Prinzip aus: „die Parteien können bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung neue .... tatsächliche Behauptungen und Beweismittel vorbringen". Aber dennoch muß in Wahrheit die vorsichtige Partei eine Konzentration auch noch innerhalb der ersten Instanz dadurch vornehmen, daß sie ihre Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge möglichst bald vorbringt. Das ergibt sich aus folgenden Normen: wenn die Nachholung solchen Vorbringens verschuldet geschah, weil die Partei das Material schon früher vorbringen konnte, und wenn durch diese Verspätung der Prozeß verzögert wird, so trifft die schuld-

---

[6]) Trutter S. 372 ff. spricht ihm die Bedeutung eines Konzentrationsmittels ab. Vergl. über dasselbe vorläufig Ascher in G. Z. 1898 S. 28 ff.; Klein, Vorlesungen S. 98 ff.; Skedl I. S. 58 ff.

[7]) A. M. Urban in Jur. Vrtjschr. XXXIV. S. 4; ferner für den Urkundenprozeß Wolf in Jur. Bl. 1900 S. 277 f.

[8]) Sie werden nicht „erhoben", so daß das Verbot des § 482 Z. P. O. sie nicht trifft. Über die „Einreden" der Rechtskraft und Streithängigkeit siehe S. 103 ff.; Ott in G. Z. 1902 S. 234.

[9]) Auch im gewerbegerichtlichen Verfahren (§ 31 Gew. Ger. Ges.); Gew. Entsch. Nr. 360.

tragende Partei die Kostenersatzpflicht unabhängig vom Prozeßausgange[10]) (§ 44 Z. P. O.); trifft den Vertreter hiebei ein grobes Verschulden, so haftet auch[11]) er dem Prozeßgegner unabhängig vom Prozeßausgange für die verschuldeten Prozeßkosten (§ 49 Z. P. O.), und es droht ihm, wenn er Advokat ist, eine Ordnungsstrafe (§ 179 Z. P. O.). Steigert sich das schuldhafte Verhalten zur Prozeßschikane, zur Verschleppungsabsicht,[12]) so droht die Gefahr der Zurückweisung dieses Vorbringens ohne Rücksicht auf seine Relevanz für die Hauptsache (§§ 179, 278 Z. P. O.); die gleiche Gefahr droht jenem, der in Verschleppungsabsicht Urkunden nicht rechtzeitig bei Gericht erlegt oder die Namen und Adressen von Zeugen erst bei der, statt vor der Verhandlung angibt (§ 181 Z. P. O.): in diesen Fällen ist dem Konzentrationszwecke mit Recht sogar der Gerechtigkeitszweck geopfert. Die Gesamtheit dieser Normen ergibt im wesentlichen das Resultat, daß die gewissenhafte Partei schon in ihrem ersten Vortrage den vollständigen, wahren Sachverhalt vorbringen und die Beweisanträge stellen soll.

Ist darnach in der ersten Instanz die Konzentration der Parteierklärungen grundsätzlich ohne eine förmliche Gliederung des Verfahrens und ohne Eventualmaxime durchgeführt — nur die erste Tagsatzung macht da eine Ausnahme — so nimmt das Gesetz umso bestimmter Stellung bei der Abgrenzung des Verfahrens zweiter und dritter gegenüber jenem erster Instanz. Dieses Problem, das ius novorum, beschäftigt seit alters her die Gesetzgebung;[13]) denn seine Gestattung oder Erweiterung vermindert den Wert der Verhandlung erster Instanz und häuft die Arbeit von Parteien und Gericht; sein Verbot oder seine Einschränkung bedeutet eine Gefahr für den Gerechtigkeitszweck. Das erste nur vorübergehende Neuerungsverbot stammt von Konstantin aus dem Jahre 321. Das gemeinrechtliche Verfahren kannte beide Formen der Appellation, mit und ohne ius novorum nebeneinander, die allgemeine Gerichtsordnung und ihre Nachfolger kannten keinerlei ius novorum in appellatorio, während die deutsche Zivilprozeßordnung es in weitem Umfange kennt. Die Zivilprozeßordnung und für die Rekurse auch die Exekutionsordnung haben das gesetzgeberische Problem in folgender Weise gelöst.[14]) Für das Berufungsverfahren sind neue[15]) Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge (insoweit sie nicht von Amts wegen zu beachten sind, z. B. für Nichtigkeitsgründe) nur zulässig, wenn sie in den vorbereitenden Schriftsätzen des Berufungsverfahrens an-

[10]) Vergl. Pfaff-Schey Nr. 92, 210.

[11]) R. Pollak, Konzentration Anm. 41 gegen die herrschende Lehre; siehe oben S. 84.

[12]) A. M. Neumann, Komm. I. S. 226 f.: schon bei grober Fahrlässigkeit greifen §§ 178, 278 Z. P. O. ein.

[13]) Menger, Über die Zulässigkeit neuen tatsächlichen Vorbringens in höherer Instanz (1875); Rintelen, Berufungsantrag und Berufungsgrund (1901).

[14]) Über Ansprüche und Einreden siehe oben im Texte.

[15]) Wann ist eine Behauptung neu? Nicht, wenn sie nach philosophischen Anschauungen neu ist; vielmehr wird der Sprachgebrauch des täglichen Lebens entscheiden müssen, der in Richtigstellungen, kleinen Verbesserungen (Pfaff-Schey Nr. 482) u. dergl. nicht die Behauptung eines novum erblickt. Siehe auch Pfaff-Schey Nr. 864.

gekündigt sind, und „nur zur Dartuung oder Widerlegung der geltend gemachten Berufungsgründe“ (§ 482 Z. P. O.). Was das bedeute, ist außerordentlich bestritten[16]) und auch wirklich schwer aus dem Gesetze zu entnehmen; denn die Inhaltsgrenze des ius novorum scheint sich arg. § 482 Z. P. O. aus dem Begriffe der Berufungsgründe zu ergeben, dieser aber ist im Gesetze nicht festgestellt.[17]) An sich könnte das Gesetz in zweiter Instanz nach dem deutschen Vorbilde die Neuprüfung der Ansprüche oder nach dem früheren österreichischen Rechte nur die Überprüfung der Entscheidung der ersten Instanz vorschreiben; das erste führt zum ius novorum, das zweite zweckmäßigerweise zu seinem Verbote. Der Entwurf der Zivilprozeßordnung stand sicherlich auf dem zweiten Standpunkte, und ihm entspricht trotz seiner Veränderungen während der Beratungen doch auch noch das Gesetz dadurch, daß es im § 462 Z. P. O. die Überprüfung[18]) der Entscheidung vorschreibt, im § 467 Z. P. O. das sonst nicht zu rechtfertigende Erfordernis der bestimmten Berufungsgründe[19]) aufstellt, und dadurch, daß bei jeder anderen Auslegung die §§ 530 Z. 6, 7, 531 Z. P. O. eine kaum erklärliche Häufung der Rechtsbehelfe bedeuten würden. Berufungsgründe können demnach mit Wirkung nur Verfahrens- und Entscheidungsfehler der ersten Instanz sein;[20]) und nur für sie besteht das ius novorum der Parteien,[21]) während allerdings das Gericht in zweiter Instanz neu gewonnene Beweisergebnisse auch ohne ein entsprechendes vorangegangenes Parteivorbringen zu berücksichtigen hat (§ 272 Z. P. O.). So vermögen sich denn die Parteien auf das Berufungsverfahren für neue[22]) Tatsachenbehauptungen nicht zu verlassen.[23]) Für das Rekursverfahren ist die Frage nach dem ius novorum im Gesetze nicht einmal mit solchen Andeutungen beantwortet,[24]) wie die §§ 462, 467, 482 Z. P. O. sie für das Berufungsverfahren geben. Sie ist sehr streitig;[25]) ihre Lösung muß mangels anderer An-

[16]) Über das Problem Menger, Über die Zulässigkeit neuen tatsächlichen Vorbringens in höherer Instanz (1875); über die Zivilprozeßordnung für das ius novorum v. Schrutka, Über das ius novorum (woselbst die frühere Literatur); gegen dasselbe Beißer, Nova im Berufungsverfahren; Rintelen, Berufungsantrag S. 92 ff.; Ott, Die Aufgabe der Berufung S. 18 ff.; vermittelnd Schimm in Jur. Bl.; M. Pollak in Jur. Bl. 1899 Nr. 21 f.; Bum i. e. l. 1899 S. 61 ff.; Ofner i. e. l. 1899 Nr. 9 ff. Vergl. Klein in G. Z. 1899 Nr. 10.

[17]) Ofner und M. Pollak gegen Beißer.

[18]) Ott S. 4 ff.; über den Sprachgebrauch M. Pollak a. a. O. S. 257.

[19]) Vergl. Pfaff-Schey Nr. 574, 661.

[20]) Die Praxis schwankt (Pfaff-Schey Nr. 592, 593), neigt aber Beißer und Ott zu; siehe Z. E. Nr. 479.

[21]) Dagegen stehen Vergleich, Verzicht, Anerkenntnis und die Zurücknahme rechtshemmender Einreden (z. B. der Unzuständigkeit, der mangelnden Fälligkeit) frei.

[22]) Berichtigungen von Behauptungen sind keine Neuerungen.

[23]) Nur im Berufungsverfahren gegen gewerbegerichtliche Urteile über mehr als 100 K gibt es ein volles ius novorum; § 31 Gew. Ger. Ges.

[24]) A. M. Ullmann S. 151 unter Berufung auf § 526 Z. P. O.

[25]) Für das ius novorum Ullmann S. 154; v. Schuster S. 500 Anm. 2; v. Fürstl I. S. 770; gegen dasselbe Hradetzky in G. H. 1899 Nr. 44;

haltspunkte nach den für das Berufungsverfahren gewonnenen Resultaten und nach dem Grundsatze des beiderseitigen Gehörs erfolgen, wobei zu beachten ist, daß das Gesetz mit dem terminus und Begriff des Rekursgrundes nicht operiert.[26]) Darnach ergibt sich folgendes Resultat: dort, wo dem Rekurrenten in erster Instanz das rechtliche Gehör gewährt war, führt der Rekurs arg. a maiori ad minus nur zur Überprüfung der ersten Entscheidung und konsequenterweise zum Verbote von neuen Tatsachenbehauptungen, die nicht zum Erweise von Verfahrens- oder Entscheidungsfehlern erster Instanz bestimmt und geeignet sind. Ist dem Rekurrenten aber das rechtliche Gehör in erster Instanz nach der Anlage des Verfahrens nicht gewährt worden, so muß er das ius novorum haben; ausgenommen ist hievon wieder der Fall, daß dem Rekurrenten zur Vorbringung neuer Tatsachenbehauptungen der Klagweg vorgeschrieben ist (§§ 35, 36, 37 E. O.). Das Revisionsverfahren endlich soll grundsätzlich keine neuen Tatsachen und Beweise bringen,[27]) es handle sich denn um Punkte, welche von Amts wegen zu erheben sind; dieses Ergebnis, zu welchem auch trotz ihres abweichenden Berufungsverfahrens die deutsche Zivilprozeßordnung gelangt, ergibt sich aus der Aufzählung der Revisionsgründe im § 503 Z. P. O.

Überblickt man diese ganze Rechtsordnung, so rechtfertigt sich der oben angeführte Satz, daß die Parteien mit ihren Tatsachenbehauptungen und Beweisanträgen im wesentlichen auf die erste Instanz und innerhalb derselben auf den ersten Teil der mündlichen Verhandlung beschränkt sind.

III. Im Exekutionsverfahren findet die Konzentration nach folgenden Grundsätzen statt:

Der betreibende Gläubiger darf die Exekutionsmittel und den Zeitpunkt, sie zu ergreifen, frei wählen; er darf sie kombinieren oder nacheinander anwenden (§ 14 E. O.). Insoweit ist die Übereinstimmung mit § 179 Z. P. O. und den Bedürfnissen der Praxis gegeben. Allein dieser Freiheit ist mit Recht die doppelte Grenze gezogen, daß „offenbar" überflüssig gehäufte Anträge auf Exekutionsbewilligung nicht oder nur eingeschränkt bewilligt werden dürfen (§ 14 E. O.), und daß auch die Kosten jener Anträge dem Gläubiger nicht ersetzt werden, die zweckmäßiger, wenn auch nicht „offenbar" zweckmäßiger unterbleiben oder mit anderen Anträgen vereinigt werden konnten (§ 74 E. O.). Immerhin handelt es sich hier um verhältnismäßig wenig einschneidende Konzentrationsmaßregeln. Umso wohltätiger, freilich auch angefochtener sind die vom früheren Rechte prinzipiell abweichenden Normen über den Exekutionsvollzug. Dieser erfolgt grundsätzlich von Amts wegen (§ 16 E. O.), wovon nur die §§ 44, 69, 188, 206, 354, 355, 366 E. O. als in „diesem Gesetze" vorgesehen (§ 16 E. O.) Ausnahmen dahin bilden, daß hier der

---

Neumann, E. O. S. 45; vermittelnd Petschek, Zwangsvollstreckung I. S. 93 ff.; Rintelen, Berufungsgrund und Berufungsantrag S. 92 ff.; zweifelnd Skedl I. S. 110 Anm. 18; zweifelhaft Beck, Zehn Abhandlungen S. 62 f.

[26]) A. M. Hradetzky a. a. O.

[27]) Pfaff-Schey Nr. 1037.

Vollzug der schon bewilligten Exekution wieder nur auf Antrag erfolge; außer diesen Ausnahmsfällen gibt es keine weiteren, insbesondere also keine „Anmeldung" der Exekution bei der Pfändung körperlicher Sachen.[28]) Der Exekutionsvollzug zerfällt der Regel nach in mehrere getrennte Schritte (Pfändung, Verkauf; Pfändung, Überweisung; Zwangsverwaltung, Einführung des Verwalters). Auch hier ist der Konzentrationsgedanke in doppelter Richtung wirksam, indem er einerseits die Zahl dieser Schritte vermindert, z. B. bei der Pfändung körperlicher beweglicher Sachen die Schätzung als einen abgesonderten Schritt ausscheidet (§ 275 E. O.), ferner bei Versteigerungen die früheren drei, dann zwei Versteigerungstermine auf einen reduziert, andererseits dem betreibenden Gläubiger die Möglichkeit gibt,[29]) alle Exekutionsschritte auf einmal zu beantragen (§§ 264, 303, 325 E. O.), und ihm den Anspruch auf den Kostenersatz versagt, wenn er unnötigerweise von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machte (§ 74 E. O.).

Durch die Gesamtheit dieser Normen wird ein wesentlich strafferer, daher schleunigerer und billigerer Exekutionsvollzug erzielt als nach dem früheren Rechte, in welchem der betreibende Gläubiger etwa in gleicher Weise der Herr war, wie im früheren Erkenntnisverfahren. Dazu kommt nun noch eine Konzentrationsmaßregel ganz anderer Art: das Beitrittsverfahren[30]) (§§ 103, 139,[31]) 267,[32]) 310 ff. E. O.), welches auf der Möglichkeit beruht, daß auf dieselben Exekutionsobjekte von verschiedenen Gläubigern gleichartige Exekutionen geführt werden, und dem vorbeugt, daß dann über diese mehreren selbständige Exekutionsverfahren stattfinden.

Das Exekutionsverfahren regelt auch die Befriedigung der — nicht bloß der betreibenden — Gläubiger aus dem Exekutionserlöse. Hiefür bedarf es, von ganz einfachen Fällen abgesehen (§ 283 E. O.), eines Verteilungsverfahrens. Dieses beruht auf dem Grundsatze, daß die aus den öffentlichen Büchern und aus den Exekutionsakten ersichtlichen Gläubiger[33]) von Amts wegen berücksichtigt werden (§§ 124, 284, 210 E. O.;

[28]) Wie Text v. Neumann-Ettenreich in G. Z. 1897 S. 146; a. M. § 161 G. O., zwischen dem und § 16 E. O. ein unbehebbarer, natürlicherweise zu Gunsten des § 16 E. O. zu lösender Widerspruch besteht. Am Wortlaute des § 161 Abs. 1, 2 G. O. hält denn auch niemand fest, sondern alle beschränken ihn auf die Anmeldung der Pfändung körperlicher beweglicher Sachen; v. Vittorelli in G. Z. 1898 S. 139 ff.; Neumann, Komm. II. S. 96 f.; Fellner-Ohmeyer Nr. 52. Aber auch diese „Anmeldung" ist unzulässig und kann weder mit Dolensky in G. Z. 1899 S. 413 f. mit der sonst angeblich drohenden Gefahr eines Mißbrauches des § 69 E. O., noch mit Neumann mit dem Hinweise auf § 32 E. O. gerechtfertigt werden: § 32 E. O. gestattet dem betreibenden Gläubiger die Assistenz bei der Pfändung, aber nicht ihre Zeitbestimmung; dem Unterschiede trägt § 161 Abs. 3 G. O. korrekt Rechnung.

[29]) Nicht bei der Immobiliarexekution; dafür kann er hier sofort mit dem Antrage auf die Zwangsversteigerung beginnen, § 133 E. O.

[30]) Menestrina, l'accessione all' esecuzione S. 186. Siehe oben S. 201 ff.

[31]) Z. E. Nr. 179.

[32]) Pfaff-Schey Nr. 363.

[33]) Bei der Exekution auf bewegliche körperliche Sachen werden von Amts wegen nur die Ansprüche der den Verkauf betreibenden Gläubiger berücksichtigt (§ 284 E. O.).

siehe S. 377), andere nur auf ihre Anmeldung. Diese substantiierte Anmeldung muß spätestens bei der Verteilungstagsatzung vorliegen, sonst ist der ihr zugrunde liegende Anspruch präkludiert (§§ 57, 127, 210, 280 E. O.), so daß hier der Schluß der Verteilungstagsatzung so wirkt wie sonst jener der mündlichen Verhandlung.[34]) Überdies aber wird das Verteilungsverfahren noch dadurch konzentriert, daß jeder Tatsachenstreit über die angemeldeten Ansprüche aus demselben ausgeschieden und in ein besonderes Erkenntnisverfahren verwiesen wird (§ 231 E. O.); dieses ist dann binnen Monatsfrist von dem angeblich Benachteiligten bei sonstiger Präklusion zu beginnen (§§ 232, 286, 315, 325 E. O.). Freilich geht der Privatrechtsanspruch weder durch eine verspätete noch durch eine nicht substantiierte Anmeldung, noch durch die Verspätung der Klage verloren, wohl aber der Teilnahmeanspruch bezüglich des Exekutionserlöses. Über den Rekurs im Exekutionsverfahren siehe die Ausführungen auf S. 159.

IV. Im Sicherungsverfahren der Exekutionsordnung fehlen — mit der Ausnahme für die Rekurse — besondere Konzentrationsnormen, sind aber nach der Struktur dieses Verfahrens entbehrlich.

§ 93. Versäumnisse.[1])

I. Versäumnisse sind Unterlassungen mit dem Säumigen nachteiligen Rechtsfolgen. Sie zerfallen in Rechtsversäumnisse und Pflichtenversäumnisse, je nachdem die Unterlassung sich auf eine Rechtsausübung oder auf eine Pflichterfüllung bezieht. Die Parteipflichten spielen sowohl im Erkenntnis- als auch im Exekutionsverfahren eine Rolle; im ersteren bestehen die Erklärungs-, Urkundenedition spflicht, die Pflicht zur Stellung der Beweisanträge, zur Angabe von Namen und Adressen von Zeugen; im Exekutionsverfahren besteht für den Verpflichteten die Pflicht, die Exekution zu dulden, den Offenbarungseid zu leisten u. dergl. mehr. Trotzdem stehen die Rechtsversäumnisse im Prozesse in erster Reihe. Dieses Verhältnis von Recht und Pflicht der Parteien ist der Gegenstand eines lebhaften Streites zwischen Wach, Bülow und v. Canstein gewesen, der sich an die Versuche einer rationellen Begründung der Versäumnisfolgen angeschlossen hat (siehe S. 89, 356).

II. Die Wirkung der Rechtsversäumnis ist die, daß der Säumige von der Vornahme der versäumten Prozeßhandlung ausgeschlossen ist (§ 146 Z. P. O.; § 57 E. O.), und daß nach Bedarf mit dem Gegner des Säumigen allein verhandelt und über den geltend gemachten Rechts-

---

[34]) Wiederaufnahmsklage gibt es aber nicht.

[1]) Sperl, Urteile in Versäumnisfällen; Bloch, Zur Lehre vom Versäumnisverfahren (Gellers Ztbl. XV. S. 555 ff., 609 ff.); Wach in Grünhuts Zeitschr. VI., VII.; Bülow im Arch. f. zivil. Praxis LXII., LXIV.; v. Canstein in Zeitschr. f. dtsch. Z. P. XVI.; Degenkolb, Einlassungszwang; Plosz, Beiträge zur Lehre vom Klagrecht; Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse S. 145 ff.

schutzanspruch entschieden wird (§§ 396, 442 Z. P. O.). In diesen Säumnisfolgen sieht Bülow nicht mehr als die reine Rechtsversäumnis, Wach in Fortbildung der Lehren von Plosz und Degenkolb den Zwang zur Erfüllung der Einlassungspflicht des Säumigen, v. Canstein dessen Strafe. Der wichtigste der hiehergehörigen Fälle ist jener der Totalversäumnis einer Prozeßpartei im Erkenntnisverfahren; an ihn knüpfen die Obgenannten ihre Auseinandersetzungen und aus ihm kann die rationelle Begründung der Rechtsversäumnisfolgen in dem Erfahrungssatze gefunden werden, daß der Säumige in aller Regel nichts zu seinen Gunsten vorzubringen hat, daß es daher zwecklos erscheint, ihn direkt oder indirekt zur Teilnahme am Verfahren zu zwingen (eine Einlassungspflicht zu normieren), daß aber andererseits dafür gesorgt sein muß, daß niemandes Säumnis den Fortgang des Verfahrens aufhalte. Die historische Entwicklung, deren Endpunkt dieser Satz ist, war eine lange (siehe § 82); die Resultate früherer Entwicklungsstufen sind in der Theorie auch heute noch nicht völlig überwunden. Ungemein lange Zeit konnte man sich ein Erkenntnisverfahren und ein Urteil nicht anders denken, als unter der Teilnahme beider Parteien am Prozesse; man verlangte darum ihre förmliche, solenne Streiteinlassung (litiscontestatio, Kriegsbefestigung), und als man längst aufgehört hatte, sie zu erzwingen, fingierte man sie wenigstens, um dem vermeintlich unerläßlichen Erfordernisse einer solchen zu genügen.

Der Grundgedanke des altdeutschen und des älteren kanonischen Prozeßrechtes war der Einlassungszwang; nicht ein Rechtsversäumnis, sondern ein Pflichtversäumnis beging diejenige Prozeßpartei, welche sich am Erkenntnisverfahren nicht beteiligte. Denn der „Gehorsame" hat auf ein Urteil über seinen Anspruch ein Recht; dieses Urteil aber konnte er nicht erlangen, insolange sein Prozeßgegner säumig war. War der Beklagte säumig, so konnte also nach altdeutschem Rechte die Entscheidung eines Anspruches nicht erfolgen; ganz korrespondierend heißt es für den solennis ordo iudicii des kanonischen Rechtes „ut lite non contestata non procedatur ad testium receptionem velut sententiam diffinitivam". Damit der Kläger zur Entscheidung gelange, mußte also der Beklagte zur Teilnahme am Verfahren gezwungen werden; das geschah durch poenas contumaciae, Strafe gegen den säumigen Beklagten, wie die Exkommunikation, Friedloslegung, missio in bona. Die Mittel waren oft zu hart, oft auch unzureichend, den Säumigen zur Teilnahme zu veranlassen und hiedurch die Entscheidung zu ermöglichen. Darum entwickelte sich neben diesem Kontumazialverfahren, welches die formelle litiscontestatio, Streiteinlassung erzwingen wollte, ein zweites, welches sie überflüssig machen sollte; nebeneinander bestanden beide Systeme in der K. G. O. von 1495, während der J. R. A. nur mehr das jüngere kennt. Man kann es als das System der fingierten negativen litiscontestatio bezeichnen; der säumige Beklagte wurde so behandelt, als sei er erschienen, habe zwar keine Einreden vorgeschützt, aber den Klaganspruch und die Klagtatsachen bestritten. So konnte der Kläger gegen den säumigen Beklagten ein Sach-

urteil erwirken, wenn er die Wahrheit der Klagtatsachen durch das Gericht mittels Beweises feststellen lassen konnte; das System bedeutete demnach einen großen Fortschritt gegenüber dem früheren Rechte. Aber es beschwerte den Kläger mit einer in aller Regel überflüssigen Beweislast, da der Beklagte, der mit Erfolg hätte prozedieren können, fast nie säumig geblieben wäre. So kam es, daß bei diesem Probleme das sächsische Partikularrecht mit seinem Systeme der fingierten affirmativen Litiskontestation den Sieg über das gemeine Recht davontrug: der Säumige wird derart behandelt, als habe er die Klagtatsachen zugestanden, oder mit anderen Worten: er wird von der Einlassung ausgeschlossen, und sein Versäumnis hat die Wirkungen, welche sein Geständnis gehabt hätte. Dieses der Lebenserfahrung entsprechende System paßt auf die überwiegende Regel der Fälle, ist darum auch jenes der Zivilprozeßordnung und deutschen Zivilprozeßordnung. Dagegen gehen die beiden Rechte in der Behandlung des säumigen *Klägers* allerdings etwas auseinander. Das sächsische Recht hatte dem Beklagten hier, im Gegensatze zum gemeinen Rechte, keinen Anspruch auf die Sachentscheidung gegeben, sondern nur einen solchen auf absolutio ab instantia, welche den Kläger an der neuerlichen Geltendmachung seines Anspruches nicht hinderte. Das haben die deutsche Zivilprozeßordnung und im Anschlusse an die allgemeine Gerichtsordnung nach Schwanken in dem Beratungsstadium die Zivilprozeßordnung verworfen; die letztere behandelt nun den säumigen Kläger gleich dem säumigen Beklagten, während die deutsche Zivilprozeßordnung jenen strenger als diesen behandelt (§ 330 dtsch. Z. P. O.).

Detaillierter ausgesprochen hat die Rechtsversäumnis folgende Wirkung: der Säumige darf die versäumte Prozeßhandlung nicht mehr nachholen, und das Gesetz *fingiert*, er habe dem Antrage des Gegners widersprochen, aber dessen Begründung insoweit zugestanden, als sie einem gerichtlichen bindenden Geständnisse zugänglich gewesen wäre[2]) (§ 396 Z. P. O.). Das heißt also: der Antrag wird geprüft und darüber entschieden; das Säumnis hat nicht die Wirkung eines Anerkenntnisses; Rechtssätze, Erfahrungssätze, Prozeßvoraussetzungen[3]) sind von Amts wegen zu erheben, vorliegende Tatsachenbehauptungen und Beweise und die Gerichtskundigkeit sind zu würdigen; eine weitere Beweiserhebung für Tatsachenbehauptungen findet aber nur insoweit statt, als sie von Amts wegen zu vermittelnde Punkte betreffen, oder als der Fall des § 399 Z. P. O. vorliegt. Im Rechtsleben deckt sich das in der Regel, aber keineswegs ausnahmslos mit der Wirkung des Anerkenntnisses (S. 394). Weiter gehen die Wirkungen der Rechtsversäumnis nur bei mündlichen Verhandlungen und Einvernehmungen im Exekutionsverfahren und im Sicherungsverfahren der Exekutionsordnung, indem das Gesetz hier die Zustimmung des Säumigen zum Antrage fingiert, welcher den angezeigten

[2]) Siehe *Pfaff-Schey* Nr. 864, 969.

[3]) *Pfaff-Schey* Nr. 969 (Zulässigkeit des Rechtsweges).

Verhandlungsgegenstand bildet (§ 56 E. O.). Auf die Prüfung des Antrages durch das Gericht nach seiner rechtlichen Seite behält aber auch hier der Säumige jedenfalls sein Recht,[4]) die Sache liegt nicht anders, als wenn auch er den betreffenden Antrag gestellt hätte; und dort, wo eine Einvernehmung oder mündliche Verhandlung über einen von Amts wegen zu erhebenden Punkt stattfindet (siehe z. B. § 39, Z. 2 E. O.), hat dieses Ausbleiben sogar lediglich eine nach § 272 Z. P. O. zu würdigende Bedeutung.[5])

Weniger weit als in der Regel gehen aus sozialpolitischen Rücksichten die Versäumnisfolgen bei Ratengeschäften[6]) (§ 6 Ratengef.), indem das Gesetz hier die (weiter als sonst gehende) Offizialprüfung der Unzuständigkeit nicht nur im Erkenntnisverfahren, sondern noch in der Exekutionsinstanz vorschreibt.

Anders steht das Gesetz den Pflichtenversäumnissen gegenüber. Zwar umfaßt § 144 Z. P. O. seinem Wortlaute nach auch diese; allein Spezialnormen ändern das mehrfach ab. Im Exekutionsverfahren ist der direkte Erfüllungszwang gegen den Verpflichteten zulässig und nach der Natur der ihm auferlegten Pflichten (siehe I) unerläßlich; hier ist auch die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung zulässig (§ 48 E. O.). Ein direkter Erfüllungszwang findet auch im Erkenntnisverfahren gegen die als Rechtsnachfolger Geladenen (§ 156 Z. P. O.), ein indirekter gegen den zur Vorlage seiner Handelsbücher (Art. 37 H. G. B.) oder von Versteigerungsbedingungen (§ 145 E. O.) Verpflichteten, ebenso gegen jenen statt, welcher im Erkenntnisverfahren der Erklärungs- oder Urkundeneditionspflicht oder der Pflicht zur Namhaftmachung von Zeugen nicht entspricht: diesem drohen Kostenfolgen (§ 48 Z. P. O.), Entschädigungspflichten (§ 408 Z. P. O.), eine nachteilige gerichtliche Würdigung seines Verhaltens im Prozesse (§§ 272, 307, 381 Z. P. O.). Nur ausnahmsweise begnügt sich das Gesetz auch hier mit Präklusionsfolgen, nämlich gegenüber schikanös verspätetem Parteivorbringen in der mündlichen Streitverhandlung (§§ 179, 278 Z. P. O.) und gegen fahrlässige Verspätungen solcher Art im vorbereitenden Verfahren (§§ 254, 263 Z. P. O.).

Als freilich nicht ausnahmslose Regel kann man darnach den Satz aufstellen, daß Pflichtversäumnisse nicht den Ausschluß des Säumigen von der versäumten Prozeßhandlung, sondern den Erfüllungszwang nach sich ziehen.

III. Die Voraussetzungen der Versäumnis. Zu ihnen gehört nicht der Versäumniswille, der ja schon bei den Prozeßhandlungen unbeachtlich ist; auch wer unwillentlich eine Prozeßhandlung versäumt, erfährt die Versäumnisfolgen. Ebenso unwesentlich ist das Motiv der Versäumnis;[7]) auch wer ausbleibt, weil er annimmt, die Klage müsse abgewiesen werden, oder der Gegner werde nicht kommen, trägt die Versäumniswirkungen.

---

[4]) Pfaff-Schey Nr. 1039.

[5]) So wohl auch Pick, Die Lohnbeschlagnahme S. 151 f.

[6]) Petschek, Der zivilprozeßrechtliche Inhalt des österreichischen Ratengesetzes (Jur. Vrtjschr. XXX. S. 140 ff.); Bloch in G. Z. 1899 S. 111. Siehe oben S. 287, 303.

[7]) O. G. H. vom 11. Dezember 1900 Z. 16592, Fellner-Ohmeyer Nr. 381 (mit sehr guten Gründen).

Dagegen setzen die Normen über diese Säumnisfolgen ein gültiges Verfahren und eine gehörige Aufforderung zur Vornahme der Prozeßhandlung voraus. So kann ein nichtiges Verfahren sie nicht zeitigen (siehe aber die Normen über die Heilung der Nichtigkeiten S. 122 ff.), und ebensowenig dürfen sie eintreten, wenn der Säumige zwar von dem ihm gebotenen rechtlichen Gehör wußte, aber nicht in offizieller Form, also z. B. nicht durch die rechtzeitige und ordnungsmäßige Ladung (§§ 130 ff. Z. P. O.); die ratio dieser Norm, die im § 402 Z. 1 Z. P. O. freilich einen zu schroffen Ausdruck gefunden hat,[8]) liegt in den Bedürfnissen nach Sinnfälligkeit im Prozesse: es muß ohneweiters klar sein, daß ein Säumnis vorliegt, damit die Versäumungsfolgen eintreten. Eine weitere Voraussetzung ist der Zeitablauf und bei Verhandlungen auch noch der richterliche Aufruf; fehlt auch nur eines dieser Erfordernisse, so treten keine Säumniswirkungen ein. Endlich muß die Prozeßhandlung möglich gewesen sein; ist sie durch vis maior unmöglich geworden, so hat das Gericht von Amts wegen die Säumnisfolgen zu vermeiden, ist sie durch unvorhersehbare oder unabwendbare Ereignisse unmöglich geworden, so hat es sie auf Antrag zu beheben (§§ 402 Z. 2, 146 Z. P. O.).

Sind alle Voraussetzungen erfüllt, und es ist dennoch die betreffende Prozeßhandlung nicht zeit- und formgerecht gesetzt, so treten die Versäumnisfolgen ein; formwidrige Handlungen haben keine rechtliche Bedeutung — es handle sich denn um Formgebrechen nach § 84 Z. P. O. — und hindern darum die Säumnisfolgen nicht. Dagegen hindern form- und zeitgerechte Prozeßhandlungen mit mangelhaftem Inhalte jede solche Folge: das inhaltlich mangelhafte Handeln steht hinsichtlich der Versäumniswirkungen nicht dem Nichthandeln, sondern dem Handeln gleich.[9])

Der Regel nach treten die Versäumnisfolgen von selbst ein; ein Antrag des Prozeßgegners auf ihren Eintritt zählt also nicht zu ihren Voraussetzungen; nur in taxativ aufgezählten[10]) Fällen wird dieser Antrag gefordert und da verlängert sich der Zeitraum zur Setzung der Prozeßhandlung bis ausschließlich des Tages, an welchem der Antrag gestellt wird (§ 145 Z. P. O.).

IV. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[11]) ist der

---

[8]) Entscheidend ist nicht, daß im Zeitpunkte der Verhandlung der Zustellungsnachweis vorliege, sondern daß die Zustellung erfolgt sei; welchen Zweck sollte das erstere haben? Kornitzer in G. Z. 1899 S. 382 f.; a. M. Wilhelm i. e. l. 1900 S. 236. Der § 415 Z. P. O. paßt geradezu auf den Fall: „Wenn das Urteil nicht sofort nach Schluß der Verhandlung gefällt werden kann," so darf die Urteilsfällung auf acht Tage verschoben werden; davon ist Gebrauch zu machen, wenn im Zeitpunkte der Verhandlung unsicher ist, ob die Zustellung erfolgte. Nur in Bagatellsachen schneidet leider die peremptorische Norm des § 452 Z. P. O. diese Möglichkeit ab. — Vergl. die ähnlich ungenaue Textierung des § 80 Z. 2 E. O.; siehe S. 250.

[9]) Darum gibt es keine restitutio ob malam defensionem; Pfaff-Schey Nr. 99, 678.

[10]) Schauer, Z. P. O. S. 437. Vergl. die Fälle der §§ 60, 398 Z. P. O.

[11]) R. Pollak, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (1898), woselbst die frühere Literatur; Petschek in Jur. Vrtjschr. XXXII. S. 38 ff.; Sternberg in G. H. 1899 Nr. 36; Stroß, Versäumung und Wiedereinsetzung (1900);

Rechtsbehelf zur Behebung der Versäumnisfolgen, wenn sie gesetzmäßig eingetreten sind; sie bezweckt die Wiederherstellung jener prozessualen Situation, die vor der Versäumung vorhanden war (§ 150 Z. P. O.). Der Regel nach bedarf es hiezu der Aufhebung einer ergangenen gerichtlichen Entscheidung (z. B. des Versäumnisurteiles), und da somit der Wiedereinsetzungsantrag (dann auch) dessen Aufhebung beantragt, pflegt man ihn, wenn auch nicht mit Grund (S. 364), ein außerordentliches Rechtsmittel zu nennen; das Gesetz nennt ihn nicht so.

Die Normen über das Versäumnisverfahren beruhen auf der Voraussetzung, daß die säumige Partei handeln konnte. Ist diese Voraussetzung in concreto nicht vorhanden, so sind die Versäumnisfolgen ungerecht, und für diese Fälle[12]) ist ihre Beseitigung billig; hiezu ist der hier erörterte Rechtsbehelf gegeben. Er ist darnach ebenso unerläßlich als der Prozeßschikane günstig, wenn auch letzteres weniger als der nur im Verein mit der deutschen Vollstreckungsordnung erträgliche Einspruch der deutschen Zivilprozeßordnung. Um der Wiedereinsetzung nun die Verwertbarkeit für die Prozeßschikane zu benehmen, ließ das frühere österreichische Prozeßrecht sie nur zu, wenn den Säumigen kein Verschulden an der Versäumung traf; da sich diese Formulierung in der Praxis infolge der Laxheit der Gerichte nicht bewährte, stellte die Zivilprozeßordnung objektive Voraussetzungen für die Wiedereinsetzung auf. Es muß a) das Versäumnis durch ein unvorhersehbares[13]) oder unabwendbares Ereignis herbeigeführt worden sein, also derart, daß die Partei das Versäumnis trotz gesteigerter Aufmerksamkeit nicht vorhersehen oder doch nicht abwenden konnte (§ 146 Z. P. O.); b) der Wiedereinsetzungsantrag rechtzeitig erhoben sein, das heißt innerhalb der Notfrist von vierzehn Tagen (Ausnahmen: §§ 555, 575 Z. P. O.), von dem Tage an gerechnet, an welchem das Hindernis wegfiel, welches das Versäumnis verursachte (§ 148 Z. P. O.); c) mit dem Antrage, soweit nach der Natur der versäumten Prozeßhandlung möglich ist, diese nachgeholt werden (§ 149 Z. P. O.). Diese strengen Normen haben in der Praxis sehr wohltätig gewirkt, indem sie die Parteien zur sorgfältigen Wahrung der Fristen und Termine veranlaßten; sie haben sich trotz entgegenstehender Klagen auch nicht als allzu strenge erwiesen, da Wiedereinsetzungsanträge fast verschwunden sind; sie würden gewiß auch bei strenger Praxis häufig eingebracht werden, falls für sie ein Bedürfnis bestünde.

Trotz des Vorhandenseins der sub a—c genannten Voraussetzungen ist die Wiedereinsetzung unzulässig: 1. wenn der Partei ein Rechtsmittel zur Behebung des Rechtsnachteiles offen steht; 2. wenn sie die versäumte

R. Pollak, Konzentration (G. Z. 1900 Nr. 32 ff.); Grabscheid, Gibt es ein Ruhen des Wiedereinsetzungsverfahrens (G. Z. 1901 Nr. 36), der die Frage mit Unrecht verneint; siehe oben S. 446.

[12]) Nur für sie, nicht auch für jene, in denen eine Partei handeln konnte, dies aber z. B. aus Vertrauensseligkeit unterließ; a. M. v. Nemethy in G. Z. 1902 Nr. 44 f.

[13]) Über das Redaktionsversehen des § 146 Z. P. O. siehe R. Pollak, Wiedereinsetzung S. 24 ff.; zustimmend Petschek, ablehnend Stroß.

Handlung noch unmittelbar nachholen kann (§ 147 Z. P. O.); 3. wenn sie rechtzeitig die Frist- oder Tagsatzungserstreckung beantragen konnte[14]) (§ 147 Z. P. O.); 4. oder dieselbe aus den nun geltend gemachten Gründen erfolglos beantragt hat (§ 146 Abs. 2 Z. P. O.); 5. wenn durch die Versäumung nicht die Folge des Ausschlusses der versäumten Prozeßhandlung entstand[15]) (§ 148 Z. P. O.); 6. in den Fällen der §§ 151, 420, 447, 423, 460, 571 Z. P. O. und bei allen Tagsatzungen und Fristen des Exekutionsverfahrens (§ 58 E. O.).[16])

Der unzulässige oder verspätete Wiedereinsetzungsantrag ist a limine iudicii abzuweisen (§ 148 Abs. 3 Z. P. O.); jeder, auch der aussichtsloseste, andere bildet die Grundlage einer mündlichen Verhandlung.[17]) Aber nur der im Antrage geltend gemachte Wiedereinsetzungsgrund ist zu ermitteln, ein anderer selbst mit Zustimmung des Gegners nicht. Die Ermittlung geschieht nicht durch Geständnis, nicht durch Beweis, sondern wie bei Erstreckungen nur durch Bescheinigung. Reicht sie aus, so wird mit Beschluß die Wiedereinsetzung bewilligt, die angefochtene Entscheidung aufgehoben und der Antragsteller zur Vornahme der versäumten Prozeßhandlung zugelassen, wogegen es kein Rechtsmittel gibt (§§ 150, 153 Z. P. O.); die etwa schon im Zuge befindliche Exekution ist einzustellen (§ 39 Z. 1 E. O.). Die Abweisung des Wiedereinsetzungsantrages geschieht gleichfalls mit Beschluß, gegen den der Rekurs aber offen steht (§ 153 Z. P. O.). Die Kosten des Wiedereinsetzungs- und des etwa unwirksam gewordenen Verfahrens hat in jedem Falle, ohne Rücksicht auf den Prozeßausgang, der Wiedereinsetzungswerber zu tragen (§§ 48, 154 Z. P. O.; S. 82), wie dies schon dem gemeinen und (für die hier relevanten Fälle) dem früheren österreichischen Rechte entspricht.[18])

Antrag und Verfahren hemmen den Hauptprozeß nicht (§ 152 Z. P. O.; Ausnahme: § 147 Abs. 2 Z. P. O.), bilden aber auf Antrag einen Unterbrechungsgrund, wenn die Bewilligung wahrscheinlich, die Unterbrechung für den Gegner ohne erheblichen Nachteil, für den Antragsteller aber unausweichlich ist, soll die Bewilligung für ihn ihren vollen Erfolg bewahren (§ 152 Z. P. O.). Der Wiedereinsetzungsgrund bildet überdies einen Grund zur Aufschiebung der Exekution (§ 42 Z. 2 E. O.; siehe S. 448 f.).

---

[14]) Dagegen kämpft Stroß mit unzureichenden Gründen an.

[15]) Die einzelnen Fälle siehe bei R. Pollak, Wiedereinsetzung S. 17 ff.

[16]) Einen Fall bedingter Zulässigkeit behandelt § 556 Z. P. O.; siehe R. Pollak, Wiedereinsetzung S. 20 f.

[17]) Vor Gerichtshöfen vor dem Senate, wenn der Antrag sich aber gegen die Versäumung der ersten Tagsatzung richtet, vor jenem Einzelrichter, der diese abhielt (§ 37 Z. 5 G. O. G.).

[18]) Wetzell, System S. 643; Renaud, Lehrbuch §§ 190 f.; Waldner, Lehre von den Prozeßkosten S. 112 ff., der sich S. 111 de lege ferenda gegen diese Norm ausspricht.

E HC
3/2/21